

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y
RELACIONES CON LAS CORTES
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES
CON LAS CORTES
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES
CON LAS CORTES
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES
CON LAS CORTES
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES
CON LAS CORTES

Abogacía General del Estado
Dirección del Servicio Jurídico del Estado

Casos prácticos de la oposición para el ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado (Oposición 2023)

2024



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO
DEL ESTADO

CASOS PRÁCTICOS DE LA
OPOSICIÓN PARA EL INGRESO
EN EL CUERPO DE ABOGADOS
DEL ESTADO

(Oposición 2023)

«Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)»

Casos prácticos de la oposición para el ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado

(Oposición 2023)



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

Madrid 2024

Edita: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
Secretaría General Técnica

NIPO (pdf): 143-24-057-4

ISBN (pdf): 978-84-7787-523-9

Publicaciones del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes:
<https://tiendaonline.mjusticia.gob.es/Tienda/mostrarPaginaInicialPublicaciones.action>
Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://cpage.mpr.gob.es>

INTRODUCCIÓN	7
1. CUARTO EJERCICIO	
Planteamiento del caso práctico.....	9
Resolución del caso práctico por don Alejandro Durán Gutiérrez	20
2. QUINTO EJERCICIO	
Planteamiento del caso práctico.....	47
Resolución del caso práctico por don Armando Fernández-Aramburu Reina	53

Introducción

El Cuerpo de Abogados del Estado goza históricamente de gran prestigio por dos motivos principales: por la dificultad de acceder a él, dado el rigor del proceso selectivo –incluido el nivel de la concurrencia– y, una vez que se accede, por la utilidad y excelencia del servicio prestado de asistencia jurídica.

Centrándonos en el primer factor, normalmente, se tiende a asociar el rigor del proceso selectivo al número de temas que forman el programa del que se examina a los opositores. Por cierto, este año ha sufrido modificación mediante Orden PJC/351/2024, de 19 de abril, por la que se aprueba el Programa que ha de regir en las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado, de modo que el primer examen o ejercicio consiste en la exposición oral de siete temas de entre un total de doscientos cincuenta y, el segundo, en la exposición de otros siete temas de entre un total de otros doscientos catorce.

No obstante, dicho rigor se exaspera, de modo menos conocido, con la realización del cuarto y quinto ejercicio, consistente en sendos casos prácticos; el primero, una actuación escrita en asunto judicial en que sean parte el Estado o las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado y, el segundo, en un informe por escrito sobre algún asunto jurídico en que esté interesada la Administración General del Estado o sus Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes. Para la realización de cada uno de estos ejercicios, los aspirantes dispondrán de un tiempo máximo de diez horas, especial longitud precisa para el desarrollo de cada uno de los ejercicios dada su complejidad.

Esta parte del proceso selectivo resulta menos conocida y es cierto, precisamente por el orden en que se realiza, que elimina a menos opositores, si bien, al haber superado más pruebas previas, más cualificados. Así como existen otros procesos selectivos de otros altos cuerpos de la Administración que pueden competir –y superar– la parte teórica del de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado, no parece, sin embargo, que haya ninguno que someta al opositor a pruebas prácticas de tal extensión. La razón parece clara: la inmediata incorporación a sus puestos de los abogados del Estado y la inmediata asunción de las variadas funciones de asistencia jurídica, ya sean contenciosas o consultivas, exigen asegurar la preparación más exigente de naturaleza práctica, buscada con semejantes pruebas eliminatorias. No se trata, simplemente, de la duración de la prueba, sino de su dificultad. Esto lo tiene quien suscribe perfectamente presente, pues tuvo que superar un ejercicio en que resultaban consecuencias jurídicas del uso de Internet... nada menos que en el año 2002.

8

La reedición actualizada de este libro sobre casos prácticos de la oposición al Cuerpo de Abogados del Estado se ha convertido, en los últimos años, en un uso con vocación de resultar inveterado. Su arraigo y demanda resulta, obviamente, de su utilidad.

En este libro se han recogido las soluciones de los casos prácticos que han constituido los ejercicios cuarto y quinto del último proceso selectivo, realizadas por los opositores que han obtenido el número cuatro y uno de la oposición, respectivamente, lo que no implica que sean las únicas posibles en derecho, ya que, como cualquier tribunal de oposiciones diría, no se valora únicamente la solución que el opositor ofrece, sino también la argumentación jurídica razonada que le lleva a realizar aquella.

Madrid, abril 2024

David Vilas Álvarez

Abogado General del Estado

1. CUARTO EJERCICIO

PLANTEAMIENTO DEL CASO PRÁCTICO

Con fecha de hoy 20 de mayo de 2024 se ha dado traslado de la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales y de D.^a M. B. XXXX XXXX (en adelante, MB) con domicilio fiscal en España que, ha sido formalizada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la desestimación presunta de la reclamación presentada en su día, ante el Ministerio de Hacienda como responsable de la elaboración y de la aplicación de la normativa tributaria.

De los **hechos de la demanda** presentada se destacan los siguientes:

1. Mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2023, la representación procesal de MB, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de normas declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea. Dicha reclamación fue promovida por la recurrente el 13 de marzo de 2023, evocando la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022 (asunto C-788/19) que determinó la contrariedad al Derecho Europeo del artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en su versión modificada por la Ley 7/2012 (en lo sucesivo, «LIRPF»), titulado «Ganancias patrimoniales no justificadas».

2. La reclamante MB, es una empresaria de la industria turística, hotelera y del ocio. Para el desarrollo de sus negocios, ha necesitado, desde el inicio de sus actividades, una importante estructura económica, administrativa y financiera internacional para el despliegue de actividad empresarial y para canalizar inversiones en diversas jurisdicciones.

Cabe destacar que la reclamante empezó su actividad empresarial en el año 1972. El escenario económico mundial era muy distinto al actual, alumbrado hoy por la generalización de la globalización económica. Antaño los flujos financieros y de capital debían sortear innumerables trabas jurídicas y administrativas. Fiel trasunto de ello en nuestro país era la legislación de control de cambios, que reprimía los flujos monetarios con el exterior con sanciones administrativas e incluso penales. Así, destacaban *la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios* y *la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938*.

La liberalización económica no se empezó a desarrollar hasta el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior y la incorporación a las Comunidades Europeas. La primitiva Comunidad Económica Europea, embrión de la actual Unión Europea, diseñaba un mercado integrado que descansaba sobre cuatro libertades de circulación de factores productivos, entre ellas: la libre circulación de capitales.

3. La jurisprudencia comunitaria ha desdoblado la libertad de circulación de capitales en dos distintas: la libre circulación de capitales y de pagos. Ambas se identifican como la inexistencia de trabas administrativas o fiscales a la circulación de medios de pago. La delimitación de la libre circulación de pagos, respecto de la de capitales, se produce en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 31 de enero de 1984, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Luisa y Carbone, identificando los pagos con las transferencias de divisas que constituyen la contraprestación económica de una transacción subyacente, y los movimientos de capital con las operaciones de inversión financiera que no remuneran un bien o servicio. Culmina la libre circulación de capitales con la adopción de la Directiva 88/361/CEE, que establece la plena liberalización de los movimientos de capital.

4. En fecha 20 de noviembre de 2015, la Comisión advirtió a las autoridades españolas (Ministerio de Hacienda) sobre la posible incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de ciertos aspectos de la obligación de declarar bienes o derechos situados en el extranjero a través del MODELO-720. A raíz de ello se emplazó a las autoridades españolas a emitir sus consideraciones, las cuales, en fecha 29 de febrero de 2016, negaron la existencia de incompatibilidad.

Al considerar insatisfactorias las alegaciones del Reino de España, la Comisión inició un procedimiento de infracción al amparo de lo previsto en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

A consecuencia de dicho procedimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó la Sentencia de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19, publicada en el DOUE de 14 de marzo de 2022. Se adjunta copia de la misma.

5. Conocida esta Sentencia del Tribunal europeo, el representante de MB, presentó en sede electrónica la reclamación ante el Ministerio de Hacienda, con fecha 13 de marzo de 2023, exigiendo responsabilidad patrimonial ante la declaración del TJUE sobre el artículo 39.2 de la LIRPF, por su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, en relación con la presunción de fraude fiscal a raíz del incumplimiento o extemporáneo cumplimiento imperfecto de las obligaciones derivadas de la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y la imprescriptibilidad de la que disponía la Administración, en la medida en que era contrario a la libertad fundamental de libre circulación de capitales.

6. En la reclamación presentada y ahora reproducida en la demanda contra el Estado, MB aporta la documentación derivada del expediente de comprobación e inspección tramitado por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, en relación con el concepto tributario IRPF, ejercicios 2012 a 2015. Actuaciones iniciadas el 18 de mayo de 2016 y que finalizaron con liquidaciones complementarias y sanciones por un total de 25.141.020,62 euros, que fueron notificados al representante de MB con fecha de 27 de diciembre de 2016.

Previa concesión del fraccionamiento del pago debidamente garantizado mediante aval, la ahora demandante satisfizo dichas cantidades, tanto las liquidaciones complementarias como las sanciones tributarias impuestas.

7. Tras el conocimiento de la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, MB asesorada por sus servicios jurídicos consideró pertinente recuperar las cantidades satisfechas en concepto de liquidaciones y sanciones tras el impacto de dicha resolución judicial comunitaria en la normativa española, declarada incompatible con la libertad de circulación de capitales. Dado que las normas cuestionadas, primero, la Disposición Adicional Decimoctava de la LGT (en su versión dada por la Ley 7/2012) y segundo, el artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, (también tras la redacción dada por la misma Ley 7/2012) proceden de las políticas normativas fiscales desarrolladas desde el Ministerio de Hacienda (Secretaría de Estado de Hacienda y AEAT) se presentó reclamación patrimonial contra el Estado con tal fin, recuperar las cantidades, a su juicio, indebidamente satisfechas. Reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Estado con sello electrónico de entrada el 13 de marzo de 2023 y formalizada ante el Ministerio de Hacienda (Secretaría de Estado de Hacienda-AEAT).

8. En virtud de la publicación de la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, Comisión/España, C-788/19, se declara que el artículo 39.2 de la LIRPF es contrario al ordenamiento jurídico comunitario, al disponer que el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero tiene como consecuencia la imposición de las rentas no declaradas correspondientes al valor de esos activos como “ganancias patrimoniales no justificadas” sin posibilidad, en la práctica, de ampararse en la prescripción y por tal fundamentación la representación de MB decidió presentar la reclamación para exigir responsabilidad patrimonial al Estado.

9. Ante el transcurso de los plazos propios del procedimiento de responsabilidad patrimonial, la representación procesal de MB decide recurrir contra la desestimación presunta por silencio negativo y por ello, dirige demanda contenciosa contra el Estado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional pues imputa dicho acto presunto desestimatorio a la persona titular del Ministerio de Hacienda responsable de la redacción de las normas tributarias declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión Europea y con el principio de libertad de circulación de capitales.

10. Con posterioridad a la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo y formalización de la demanda, la demandante MB ha tenido conocimiento de la resolución expresa desestimatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Estado, dictada por acuerdo de fecha 29 de febrero de 2024.

De los **fundamentos jurídicos** de la demanda destacan los siguientes:

a) Procesales.

Los generales de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en especial, en lo concerniente a la Jurisdicción (artículos 1 y 2 letra e) y a la competencia objetiva (artículo 11.1 letra a).

b) Sustantivos.

1. Centra la demandante toda su argumentación jurídica en el análisis de la concurrencia de los requisitos legales para exigir responsabilidad patrimonial al Estado (Ministerio de Hacienda) por mantener una regulación relativa a la obligación de los residentes fiscales en España que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades de declarar sus bienes en el extranjero, y el régimen sancionador establecido en caso de incumplimiento de dicha obligación (MODELO-720).

2. En opinión de la representación procesal de MB, la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022 (C-788/19) examinó la adecuación al Derecho de la Unión Europea de la reforma introducida en el ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, que incluyó, a estos efectos, una disposición adicional decimoctava en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y modificó tanto el artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), como el artículo 134 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, para, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2012, *“regular la incidencia que en el ámbito de las ganancias de patrimonio no justificadas y de la presunción de obtención de rentas, respectivamente, pueda tener la no presentación en plazo de tal obligación de información, introduciéndose, además, una infracción específica, con un agravamiento de las sanciones, para estos casos en los que los obligados tributarios no consignaron en sus autoliquidaciones las rentas que son objeto de regularización como ganancias patrimoniales no justificadas o presuntamente obtenidas”*.

3. Argumenta la demanda que, la reiterada sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022 (C-788/19) resolvió un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España en el que la Comisión solicitaba al Tribunal de Justicia que declarase que:

- “al establecer consecuencias del incumplimiento de la obligación informativa respecto de los bienes y derechos en el extranjero o de la presentación extemporánea del «modelo 720» que conllevan la calificación de dichos activos como «ganancias patrimoniales no justificadas» que no prescriben;

- al imponer automáticamente una multa pecuniaria proporcional del 150% aplicable en caso de incumplimiento de la obligación informativa respecto de los bienes y derechos en el extranjero o de presentación extemporánea del «modelo 720», y
- al aplicar multas pecuniarias fijas por incumplimiento de la obligación de información respecto de los bienes y derechos en el extranjero o por presentación extemporánea del «modelo 720» más severas que las sanciones previstas en el régimen sancionador general para infracciones similares,
- el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE y los artículos 28, 31, 36 y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (...)

4. En relación con los requisitos que prevé el artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y que son propios de nuestro Derecho, la demandante afirma acreditar los siguientes:

A) Que los daños derivan de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea –ex artículo 32.3. a) LRJSP.

B) Que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño –ex artículo 32.5 LRJSP.

C) Que el particular hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada –ex artículo 32.5 LRJSP.

Asimismo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, trae a colación los artículos 34 de la LRJSP y 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las A.P. (en adelante, LPACAP), en los que se establecen los requisitos temporales a efectos de formular la reclamación y que, a juicio de la representación procesal, también se cumplen.

D) El derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de la sentencia que declare la contrariedad de la norma al Derecho de la Unión Europea –ex artículo 67 de la LPACAP–.

E) E) Serán indemnizables los daños producidos en el plazo de cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare que la norma es contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa –ex artículo 34 LRJSP–.

5. Todos estos requisitos legales para exigir responsabilidad al Estado por mantener normativa contraria al Derecho de la Unión Europea, se consideran cumplidos por la demandante y por ello expone cómo han de interpretarse tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022, Comisión/España, C-278/20. Y así, la demanda justifica:

5.1. Cumplimiento de los requisitos propios del Derecho Español, para la responsabilidad patrimonial los daños derivan de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea –ex artículo 32.3. a) LRJSP–. A su juicio, queda debidamente acreditado a lo largo de la demanda que, el daño ocasionado a MB –el pago de las cuotas tributarias resultante de las liquidaciones complementarias y las sanciones tributarias impuestas– deriva de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea (artículo 39.2 de la LIRPF).

5.2. Cumplimiento de los requisitos del artículo 32.5 de la LRJSP, sobre estos requisitos defiende la representación de la demandante que se cumplen todos ellos a la luz de la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022, en la que se determina que el contenido del artículo 32.5 de la LRJSP es contrario al principio de efectividad en la medida en que no prevé una excepción en aquellos casos en los que no existe actividad administrativa previa impugnada.

Además, se insiste en que en este caso, estamos en presencia de un incumplimiento suficientemente caracterizado del Derecho de la Unión Europea, del cual emana la producción de un daño a su representada que no tiene el deber jurídico de soportar. Y recuerda que: “ (...) el TJUE declaró que el legislador español había incumplido las obligaciones que le incumben en relación con la libertad de movimiento de capitales “al disponer que el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero tiene como consecuencia la imposición de las rentas no declaradas correspondientes al valor de esos activos como “ganancias patrimoniales no justificadas” sin posibilidad, en la práctica, de ampararse en la prescripción”.

Tras la cita de varias Sentencias del TJUE sobre la infracción suficientemente caracterizada y la relación o nexo de causalidad entre la actuación administrativa con el daño producido, la demanda finaliza así:

“SUPPLICO:

Que con estimación de la demanda, se condene a la Administración del Estado al pago de una indemnización por los daños ocasionados por el pago de las cantidades indebidamente satisfechas en concepto de la tributación de ganancias en el exterior (Modelo 720) por una cantidad total de 25.141.020,62 euros más los intereses legales de demora; y subsidiariamente, se anulen las liquidaciones complementarias y sanciones tributarias levantadas por tal concepto tributario, condenando al Estado a su devolución por tratarse de ingresos indebidos.

OTROSI que se condene al Estado al pago de las costas procesales causadas en este proceso”.

Al escrito de formalización de la demanda dirigida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, la representación procesal de MB, adjunta la siguiente documentación:

1. Copia de las liquidaciones complementaria en concepto del modelo 720 giradas y de las sanciones tributarias impuestas, así como los documentos justificativos del pago o cartas de pago

2. Copia de la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022 dictada en recuso por incumplimiento seguido a instancia de la Comisión Europea contra el Reino de España (asunto C 788/19).
3. Copia de la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022, dictada en recurso por incumplimiento seguido a instancia de la Comisión Europea contra el Reino de España (asunto C 278/20).
4. Copia de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en sede electrónica ante el Ministerio de Hacienda.
5. Copia de la solicitud de emisión del certificado de acto presunto solicitado al Ministerio de Hacienda.

En atención a los antecedentes de hecho y situación procesal, el Sr/a Opositor/a, como Abogado/a del Estado, deberá elevar a la DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO-ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO, un borrador de escrito de contestación a la demanda, con cuantos argumentos procesales y sustantivos considere viables para la mejor defensa de los intereses del Estado, máxime cuando las cantidades indemnizatorias reclamadas ascienden a 25.141.020,62 €, más los intereses de demora.

NOTA. Con el fin de facilitar la labor de las opositoras y de los opositores, el Tribunal facilita copia de las dos Sentencias del TJUE referidas en el supuesto de hecho.

NOTA DEL OPOSITOR

Me llena de orgullo poder participar en la presente edición del libro de casos prácticos de la Abogacía General del Estado. Me siento profundamente agradecido, y tomo esta propuesta con una gran ilusión.

Aprovecho para mostrar mi agradecimiento a mi familia, y en particular, a mis preparadores Alberto Quintana Daimiel, Borja Araujo Arce, David Francisco Blanco, David Pillado de la Fuente y Guillermo Enríquez Malavé por su inconmensurable trabajo y esfuerzo durante mi preparación, y haber confiado en mí y acompañado durante estos años. Sin ellos, hoy no estaría escribiendo estas líneas. Asimismo, me gustaría agradecer a mi amigo y compañero Guillermo Blanco Cenjor por sus consejos, muchos de los cuales, se plasman en la redacción del presente caso práctico.

Por último, advierto al lector de que transcribo la resolución del caso práctico palabra por palabra, tal y como lo redacté el 20 de mayo de 2024. Espero que tengan empatía con mis errores y omisiones.

RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO POR DON ALEJANDRO DURÁN GUTIÉRREZ

CASO PRÁCTICO CUARTO EJERCICIO 2024

De conformidad con el art. 12 del Real Decreto 649/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la Ley 52/1997, de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, se eleva a la Dirección General de lo Contencioso los borradores de los siguientes escritos procesales:

- (i) Escrito de alegaciones previas frente al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D.^a M. B. XXXX XXXX –en adelante, M.B.– con fecha de 27 de septiembre de 2023. Se remite el expediente administrativo para poder hacer uso de este trámite.
- (ii) Contestación a la demanda interpuesta por M.B.

20

[PROYECTO DE ESCRITO DE ALEGACIONES PREVIAS]

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

El ABOGADO DEL ESTADO, en virtud de la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado-Ministerio de Hacienda, de conformidad con el art. 551 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial- en adelante, LOPJ- y el art. 1 de la Ley 52/1997 de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas -LAJEIP, en adelante- comparece en los autos de referencia, y como mejor proceda en Derecho, DICE;

Que por medio de este escrito se presentan ALEGACIONES PREVIAS frente al recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de Dña. M.B., Procedimiento Ordinario nºX, de conformidad con el art. 58.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LRJCA- en los cinco primeros días para contestar a la demanda notificada de contrario el 20 de mayo de 2024 a los que son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Actividad administrativa impugnada

En primer término, se hace necesario exponer a esta Ilustre Sala la actividad administrativa objeto del recurso contencioso-administrativo formulado por la demandante, así como, las pretensiones que se ejercitan frente a esta Administración demandada:

(i) En el escrito de interposición, así como en el de demanda se impugna la desestimación por silencio administrativo presunta del Ministerio de Hacienda frente al inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de conformidad con los arts. 32.5 y concordantes de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público -LRJSP-, derivado del presunto daño ocasionado por la Resolución de 27 de diciembre de 2016, dictada por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, por el presunto incumplimiento del Derecho de la Unión Europea de dicha Resolución administrativa, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de enero de 2022, asunto C- 788-19.

(ii) Subsidiariamente, la parte demandante invoca la anulación de la liquidación complementaria y sanción impuesta por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes perteneciente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria-AEAT-, alegando como causa de su anulación la contrariedad al Derecho de la Unión Europea antes esgrimida.

Sin perjuicio de lo que se advertirá ulteriormente, esta representación invoca ante esta Ilustre Sala, que la anulación de la Resolución de 27 de diciembre de 2016 planteada por el recurrente, supone una pretensión de resarcimiento subsidiario a la pretensión de responsabilidad patrimonial en el supuesto de no estimación por esta Sala a la que respetuosamente comparece esta representación.

Por ello, se examinarán los supuestos de inadmisibilidad respecto de las dos pretensiones ejercitadas.

SEGUNDO. – Inadmisibilidad de la pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

A. Falta de competencia objetiva de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional [art. 69 a) LRJCA]

La parte demandante formula el recurso contencioso-administrativo frente a la supuesta desestimación presunta del procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuya solicitud se registró en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda de 13 de marzo de 2023.

No existe objeción por esta representación en cuanto la competencia del orden contencioso-administrativo para el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración, en virtud del principio de “unidad de fuero” establecido en el art. 9.4. LOPJ y art. 2 e) LRJCA.

Sin embargo, esta Ilustre Sala carece de competencia objetiva para el conocimiento del pleito. A tenor del art. 92. II párrafo de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-LPACAP; *“En el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga”*.

Por remisión del precepto citado, el art. 32.3 b) LRJSP dispone que será competente el Consejo de Ministros respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando los daños se deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

Ello resulta coherente con la Resolución expresa desestimatoria de 29 de febrero de 2024 que se adopta por “Acuerdo”, y no por Orden Ministerial, ya que el Consejo de Ministros adopta resoluciones con esta forma jurídica de conformidad con el art. 24.2 d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno cuando no debe revestir la forma de Real Decreto, y el principio antiformalista establecido en el art. 14.1 LRJSP, de la remisión de actuaciones al órgano competente.

En virtud del art. 12.1 a) LRJCA dispone que corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos contra los actos del Consejo de Ministros.

En conclusión a lo anterior, se interesa de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que dicte AUTO inhibiéndose del presente recurso contencioso-administrativo, inadmitiendo el recurso por falta de competencia objetiva de acuerdo con el art. 58.1 y 69 a) LRJCA, en relación con el art. 7.3 de la misma.

Se recuerda respetuosamente, que la falta de competencia objetiva es una cuestión de orden público procesal que debe apreciarse de oficio (art. 9.6 LOPJ).

B. Inadmisibilidad de la pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por interponerse por persona incapaz, no debidamente representada y no legitimada [art. 69 b) LRJCA]

Subsidiariamente a lo expuesto, si la Sala no apreciare la vulneración de las normas de competencia objetiva expuestas, debe invocarse por esta representación que no cabe la admisión del recurso contencioso-administrativo en base a los siguientes motivos.

La parte demandante ha comparecido ante esta Ilustre Sala por medio de Procuradora, vulnerando la preceptiva asistencia de Letrado que impone el art. 23.2 LRJCA en sus actuaciones ante órganos colegiados.

Por consecuencia de lo expuesto, de conformidad con el art. 45.2 .a) y 45.3 LRJCA se interesa de esta Sala que requiera a la parte actora para su subsanación en el plazo de 10 días, y, en su defecto dicte AUTO inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo por infracción de las reglas de postulación de acuerdo con el art. 58 y 69 b) LRJCA.

C. Inadmisibilidad de la pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por interponerse ante una disposición, acto o actuación no susceptible de impugnación [art. 69 c) LRJCA]

Subsidiariamente, si la Sala no apreciare fundadas las anteriores alegaciones, tampoco ha lugar a la admisión del recurso contencioso-administrativo por incurrir en desviación procesal.

La STC 158/2005 de 20 de junio ha reconocido la desviación procesal como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo de acuerdo con el apartado c) del art. 69 LRJCA, al vulnerar el carácter revisor de esta jurisdicción (art. 9.4 LOPJ y art. 1 LRJCA).

La parte actora solicitó en vía administrativa ante el Ministerio que se le indemnizaran en la cuantía de 25.141.020,62 euros derivada del daño ocasionado por la Resolución de la AEAT de 27 de diciembre de 2016 al aplicar el art. 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio-LIRPF-, la Disp. Adic. 18ª de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre General Tributaria en virtud de la redacción dada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre declarada contraria a la libre circulación de capitales por la STJUE de 27 de enero de 2022, así como, su Disp. Adic. 2ª relativa al régimen sancionador.

Así las cosas, en el escrito de demanda amplía su pretensión, acumulando de forma subsidiaria la anulación de la Resolución de 27 de diciembre de 2016 de la AEAT por la vulneración del Derecho de la Unión Europea, pretendiendo el resarcimiento invocado por una vía oblicua, según esta Administración, dicho respetuosamente y en términos de defensa.

Por lo expuesto, se solicita de la Sala que dicte AUTO declarando inadmisibile el recurso por incurrir en desviación procesal [art. 58 y 69 c) LRJCA].

Nota del Opositor: En relación con la actividad impugnada, que es la desestimación presunta de la solicitud de responsabilidad patrimonial producida el 16 de septiembre de 2023, al haber transcurrido 6 meses desde la entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda del inicio del procedimiento de acuerdo con el art. 91.3 y los arts. 24.2 y 21.3 LPACAP, habiéndose interpuesto el recurso el 27 de septiembre de 2023 el recurso contencioso-administrativo se ha formulado dentro del plazo establecido en el art. 46.1 LRJCA.

Al haberse dictado el 29 de febrero de 2024 la resolución expresa desestimatoria, puede tramitarse el incidente de acumulación del acto presunto con su confirmatorio de acuerdo con el art. 36.1 y 4 LRJCA, pudiendo el recurrente desistir del recurso o solicitar su ampliación al ser conexos de conformidad con el art. 34.1 LRJCA.

TERCERO. - Inadmisibilidad de la pretensión de anulación de la Resolución de 27 de diciembre de 2016 sobre la liquidación complementaria de IRPF y la sanción

25

A. Conformidad con la jurisdicción y competencia objetiva

No tiene nada que objetar esta representación en lo concerniente a que al orden jurisdiccional contencioso-administrativo corresponde el conocimiento de las pretensiones de anulación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo según el art. 1.1 LRJCA y 9.4 LOPJ.

Tampoco se aduce por esta defensa la vulneración de las reglas de la competencia objetiva debido a que según la LGT en su art. 226 y siguientes, en relación con la Disp. Adic. 11ª de la misma, la reclamación económico-administrativa es el mecanismo del legislador establecido para el agotamiento de la vía administrativa de los actos de naturaleza tributaria, correspondiendo al Tribunal Económico-Administrativo Central el conocimiento de los recursos contra las liquidaciones tributarias y sanciones de la AEAT, como la Resolución de 27 de diciembre de 2016 según el art. 227.2 a) y 3 LGT.

El art. 11.1 d) LRJCA atribuye la competencia a esta Sala para el conocimiento de los recursos interpuestos frente a las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, sin perjuicio de los restantes motivos de inadmisión que se exponen a continuación.

B. Inadmisión del recurso contencioso-administrativo frente la Resolución de 27 de diciembre de 2016 por falta de legitimación pasiva [art. 69 b) LRJCA]

La parte actora ha solicitado la anulación de la Resolución de 27 de diciembre de 2016 dictada por la AEAT (Delegación Central de Grandes Contribuyentes).

Pese a que el RD 206/2024 de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda dispone en su art. 2.4 que la AEAT se adscribe a la Secretaría de Estado de Hacienda, el art. 103.1 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el año 1991, reconoce a la AEAT como la entidad responsable en nombre y por cuenta del Estado de la aplicación de los tributos con personalidad diferenciada de este.

El art. 21.1 a) LRJCA considera parte demandada al órgano contra cuya actividad se dirija el recurso, siendo la AEAT y no esta Administración demandada la que ha dictado el acto impugnado. Por ello, se solicita la INADMISIÓN del recurso por falta de legitimación pasiva [art. 58 y 69 b) LRJCA].

Nota del opositor: Se reitera la falta de postulación de Letrado aducida en la anterior pretensión dado que es común a ambas.

C. Inadmisibilidad del recurso contra la Resolución de 27 de diciembre de 2016 por no ser un acto susceptible de impugnación [art. 69 c) LRJCA]

Subsidiariamente, a lo expuesto, debe aducirse por esta representación que la Resolución de 27 de diciembre de 2016, no agota la vía administrativa, al deber recurrirse con carácter preceptivo ante el Tribunal Económico-Administrativo Central a través de la reclamación económico-administrativa para que pueda tener acceso a esta jurisdicción de acuerdo con el art. 249 LGT, en relación con el art. 25.1 LRJCA.

Por consiguiente, se solicita la INADMISIÓN del recurso de conformidad con los arts. 58 y 69 c) LRJCA.

Nota del opositor: Se reitera la inadmisión del recurso por desviación procesal en los términos expuestos en la anterior pretensión.

De forma subsidiaria, se invoca por esta representación la firmeza del acto, ya que de conformidad con el art. 235.1 LGT se deberá formular la reclamación económico-administrativa en el plazo de 1 mes a partir del día siguiente de su notificación. En caso contrario, la resolución será firme. En este supuesto, la resolución adquirió el carácter de firme el 27 de enero de 2017.

Por consiguiente, no es susceptible de revisión ante esta jurisdicción, debiendo dictarse AUTO inadmitiendo el recurso [art. 69 c) LRJCA, en relación con los arts. 25.1 y 28 de la misma].

Por todo lo expuesto;

A LA SALA SUPLICO que tenga por presentado el presente escrito de alegaciones previas frente al recurso formulado por la representación procesal de Dña M.B, se sirva a admitirlo, y dicte en su día;

(i) Respecto de la pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea:

(a) AUTO inadmitiendo el recurso e inhibiéndose a favor de la Sala 3ª del Tribunal Supremo [art. 69 a) y 7.3 LRJCA].

(b) Subsidiariamente, AUTO inadmitiendo el recurso de conformidad con lo expuesto [art. 69 b) y c) LRJCA].

(ii) Respecto de la anulación de la Resolución de la AEAT de 27 de diciembre de 2016, que se dicte AUTO inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo de acuerdo con lo expuesto [art. 69 b) y c) LRJCA].

Es justicia que respetuosamente pido en Madrid, a 20 de mayo de 2024.

Fdo. El Abogado del Estado.

Alejandro Durán Gutiérrez.

PRIMER OTROSÍ DIGO, que declaro la voluntad de subsanar cualesquiera defectos que incurran los actos procesales presentados por esta parte (art. 243.3 LOPJ y 138 LRJCA).

A LA SALA SUPLICO que tenga por hecha esta alegación a efectos oportunos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO, que se notifiquen las actuaciones a la sede oficial de la Abogacía del Estado de conformidad con el art. 11 LAJEIP.

A LA SALA SUPLICO que tenga por hecha esta alegación a efectos procedentes.

Por ser justicia que pido respetuosamente en el lugar y fecha *ut supra*.

Fdo. El Abogado del Estado.

Alejandro Durán Gutiérrez.

[PROYECTO DE BORRADOR DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA]

Nota del opositor: Se consideran desestimadas todas las alegaciones efectuadas, y se procede a su reiteración en la contestación a la demanda. Pese a que el art. 58.1 LRJCA dispone que la falta de competencia objetiva no puede reiterarse en la contestación si ha sido desestimada como alegación previa, se reitera la falta de competencia objetiva de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para el conocimiento de la pretensión de responsabilidad patrimonial, solicitándose AUTO inhibiéndose y por el que se remitan las actuaciones al Tribunal Supremo, Sala 3ª, al ser una cuestión de orden público procesal que debe apreciarse de oficio en cualquier momento de la instancia o de los recursos (art. 9.6 LOPJ).

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

EL ABOGADO DEL ESTADO, en virtud de la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado- Ministerio de Hacienda-, de conformidad con el art. 551 LOPJ y art. 1 LAJEIP, comparece en los autos de referencia y como mejor proceda en Derecho, DICE:

Que por medio del presente escrito se contesta a la demanda de conformidad con el art. 54.1 LRJCA y 405 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil -LEC-, aplicable supletoriamente según la Disp. Final. 1ª LRJCA a los que son de aplicación los siguientes:

HECHOS;

Se niegan todos los aducidos por el demandante, en cuanto se opongan a los sostenidos por esta Administración demandada para enervar la "*ficta confessio*" de conformidad con el art. 405.2 LEC aplicable supletoriamente según el art. 4 LEC y la Disp. Final 1ª LRJCA a los que son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Nota del opositor: Se reiteran las causas de inadmisibilidad de las alegaciones previas, suplicándose una SENTENCIA inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo de conformidad con el art. 69 LRJCA.

Subsidiariamente, si la Sala no considerase fundadas las anteriores alegaciones, debe anticiparse que tampoco puede ser estimado el recurso en cuanto al fondo en virtud de los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO:

DE ORDEN JURÍDICO MATERIAL

PRIMERO. – Inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea de acuerdo con la STJUE de 27 de enero de 2022, C-788/19

30

La parte demandante, impugna la resolución presunta desestimatoria frente al inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador al vulnerar según la STJUE de 27 de enero de 2022 incorporada en los autos, el principio de libre circulación de capitales en el mercado interior de acuerdo con el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-TFUE-, según la reforma operada por la Ley 7/2012 de 29 de octubre en el art. 39 LIRPF y la Disp. Adic. 18^a LGT, así como, su Disp. Adic. 2^a relativa al régimen sancionador.

Según la parte actora, el daño se produce por la Resolución de 27 de diciembre de 2016 de la AEAT, que, en aplicación de los conceptos declarados respecto de las ganancias patrimoniales no justificadas y la sanción establecida, cuya cifra asciende a 25.141.020,62 euros, se produjo un quebrantamiento en su patrimonio al aplicar por esta Administración la Ley 7/2012 que se declaró contraria al principio de libre circulación de capitales anteriormente según la STJUE de 27 de enero de 2022, C-788/19.

Para determinar la inexistencia de la responsabilidad patrimonial alegada, habrá que examinarse las disposiciones siguientes:

(i) El art. 340 TFUE y el art. 41.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecen el principio general de la responsabilidad por vulneración del Derecho de la Unión, matizándose este régimen jurídico en cuanto a los actos legislativos de los Estados miembros por la STJUE de 19 de noviembre de 1991, en el asunto “*Francovich & Bonifaci*” C-6/90 y C-9/90.

(ii) En cuanto a la legislación interna aplicable, habrá de examinarse el art. 32.5 LRJSP que establece en su primer párrafo:

“5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, 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 infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada”.

Deberá hacerse referencia a la STJUE de 28 de junio de 2022, C-278/20, que se apoya la demandante para que esta Sala reconozca su pretensión.

Para ello, se seguirá el orden consignado en los Fundamentos de Derecho esgrimidos por la demandante, con la finalidad de ilustrar a la Sala los motivos de la procedencia de la desestimación del recurso, dictándose SENTENCIA acordando la misma, de acuerdo con el art. 70.1 LRJCA.

A. Inexistencia de un daño que deriva de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea [art. 32.3 a) LRJSP]

El presupuesto de toda responsabilidad patrimonial es la acreditación de un daño. En particular debe acreditarse la existencia de un daño ocasionado por la declaración de la contrariedad al Derecho de la Unión de la Ley 7/2012 de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

La parte actora aporta como DOCUMENTO 1 de la demanda la copia de las liquidaciones complementarias en concepto del MODELO 720 giradas y de las sanciones tributarias impuestas, así como los documentos justificativos del pago o cartas de pago. Ulteriormente, en los DOCUMENTOS 2 y 3 se adjuntan las copias de la STJUE de 27 de enero de 2022 y 28 de julio de 2022.

32

Empero, ni en vía administrativa, ni jurisdiccional, se acredita en concreto que el pago de las cantidades determinadas por la Resolución de 27 de diciembre de 2016 de la AEAT, se ha determinado la producción de un daño, y que se debe a la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión.

No cabe simplemente aducir la jurisprudencia del TJUE, y efectuar una “suposición” de que, en virtud de la citada jurisprudencia, se ha hecho aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión. Corresponde a la parte de demandante la carga de la prueba en la existencia del daño, y su vinculación precisa e inequívoca con los presupuestos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. A falta de dicha acreditación por la demandante, no corresponde a esta representación probar su inexistencia por corresponder la carga de la prueba a la parte actora, de conformidad con el art. 217 LEC aplicable supletoriamente a esta jurisdicción según la Disp. Final 1ª LRJCA.

No resulta acreditada que las liquidaciones complementarias de IRPF giradas a favor del demandante derivaran de la previsión establecida por el legislador español que según la jurisprudencia del TJUE se declaró contrario al Derecho de la Unión.

En consecuencia, a falta de acreditación de que el daño presuntamente indemnizable se deriva de la normativa que el TJUE ha declarado contrario al DUE, debe dictarse SENTENCIA desestimatoria del recurso de conformidad con el art. 70.1 LRJCA.

B. Falta de obtención del particular de una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada

Subsidiariamente, si la Sala considera que ha existido un daño, por aplicación de un acto legislativo contrario al Derecho de la Unión, tampoco debe ser estimado el resarcimiento pretendido por el demandante al no haber impugnado la Resolución de 27 de diciembre de 2016, que supuestamente produce el daño por incumplir la normativa aplicada por las liquidaciones tributarias y sanciones impuestas las normas relativas a la libre circulación de capitales como dispone la STJUE de 27 de enero de 2022.

La parte demandante invoca en su escrito de demanda que el daño derivado por incumplimiento del Derecho de la Unión, se ha producido sin existir una actuación administrativa impugnada que ocasionó el mismo.

No obstante lo anterior, no estamos en el supuesto que la STJUE de 28 de junio de 2022 aduce al establecer que el legislador español incumple el principio de efectividad al no permitir solicitar la responsabilidad patrimonial a los interesados cuando no existe una actividad administrativa impugnada como pretende la recurrente, sino que, el supuesto daño deriva de la Resolución de 27 de diciembre de 2016. Es decir, de una actividad administrativa, que, como exige el art. 32.5 LRJSP para el reconocimiento del derecho de indemnización se requiere que el recurrente haya obtenido una sentencia firme desestimatoria en cualquier instancia contra dicha actividad administrativa, alegando la contrariedad al Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.

Así las cosas, la recurrente no impugnó la Resolución de 27 de diciembre de 2016, por la que se aplicaba la norma estatal posteriormente declarada contraria al Derecho de la Unión Europea. Es más, la demandante no contradice el contenido de la resolución, ya que abonó los 25.141.020,62 euros que ahora reclama mediante la solicitud de responsabilidad patrimonial.

En consecuencia, tampoco concurre el presupuesto exigido por el legislador de que el damnificado haya ejercitado la pretensión anulatoria de la actividad administrativa causante del daño por infracción del Derecho de la Unión Europea como exige expresamente el art. 32.5 LRJSP.

La necesidad de una sentencia firme desestimatoria impugnando la actividad administrativa que produce el daño ha sido avalada por la STJUE de 28 de junio de 2022 invocada por la demandante, al esgrimir que, la exigencia del legislador español, es conforme al Derecho de la Unión, ya que vislumbraba dicha exigencia si el perjudicado ha actuado con la diligencia debida para evitar el perjuicio o reducir su magnitud. Por ello, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha actuado con una diligencia razonable. En caso contrario, debe soportar dicho daño.

Según se desprende del desglose de documentos que se aportan en el escrito de demanda, no se acredita que la demandante haya impugnado la Resolución de 27 de diciembre de 2016 en vía jurisdiccional, ni que haya obtenido una sentencia firme desestimatoria en cualquier instancia invocando la infracción de la norma nacional al Derecho de la Unión. Además, el TJUE no lo ha considerado contrario al principio de efectividad en la STJUE de 28 de junio de 2022 esgrimida por la demandante, ya que no se exige agotar todos los recursos internos para reparar el daño, sino que, el reclamante haya actuado con la diligencia debida para evitar la agravación del perjuicio.

Por consiguiente, al no haber impugnado la actividad administrativa a la que se imputa el daño, no concurre el presupuesto establecido en el art. 32.5 LRJSP, y, en consecuencia, debe DESESTIMARSE el recurso en SENTENCIA en lo relativo a esta pretensión.

C. Incumplimiento de los requisitos del art. 32.5 LRJSP para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador

Subsidiariamente, si esta Ilustre Sala no sólo considera la acreditación del daño, sino que, esta no deriva de una actuación administrativa impugnada, y no debe exigirse el requisito de la obtención de una sentencia firme desestimatoria alegando la contrariedad de la norma nacional al Derecho de la Unión, la pretensión de la demandante tampoco puede ser estimada, puesto que no se cumplen ninguno de los requisitos que el legislador español exige para el reconocimiento del derecho de resarcimiento.

El art. 32.5 LRJSP es claro al disponer: “*Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:*”

- a) *La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.*
- b) *El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.*
- c) *Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares”.*

Del precepto transcrito, cabe colegir, que el legislador español, en concordancia con la STJUE de 19 de noviembre de 1991 “*Franovich & Bonifaci*” exige cumulativamente el cumplimiento de estos presupuestos. Ninguno de ellos concurre en la petición formulada por la demandante, según los siguientes argumentos:

(i) Inexistencia de una norma que confiera derechos a los particulares

De conformidad con la STS, Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª de 8 de marzo de 2023, vislumbra que la norma a la que se refiere la letra a) del art. 32.5 LRJSP citada debe ser una norma nacional con rango de ley como se desprende del art. 32.3 b) LRJSP.

Las normas con rango de ley que según el demandante con fundamento en la STJUE de 27 de enero de 2022 no confieren derechos, sino al contrario, se constituyen como medios lícitos del legislador estatal que impiden la evasión de capitales, y su no inclusión en la base liquidable del IRPF en ganancias patrimoniales de bienes que el contribuyente tiene en el extranjero.

1. El art. 39.2 LIRPF redactado por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, lejos de conferir derechos subjetivos, establece la obligación del contribuyente de la inclusión en la base liquidable de los rendimientos de ganancias patrimoniales obtenidos fuera del territorio nacional. En consecuencia, al no conferir derechos a los particulares, no puede fundamentarse la reclamación de responsabilidad en este precepto por contrariar al Derecho de la Unión según la STJUE de 27 de enero de 2022.

2. La Disp. Adic. 2ª de la Ley 7/2012, tampoco confiere derechos dado que establecía el régimen sancionador en caso de incumplimiento de las obligaciones tributarias establecidas en la Ley.

3. La Disp. Adic. 18ª LGT, introducida por la Ley 7/2012 de 29 de octubre, tampoco amplía la esfera jurídica del recurrente. Este precepto establece obligaciones formales a los obligados tributarios tales como (a) la información de cuentas corrientes situadas en el extranjero abiertas al tráfico bancario, (b) información de títulos, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios en todo tipo de entidades, (c) información de bienes inmuebles, y derechos sobre bienes muebles de su titularidad situados en el extranjero.

De lo anterior se desprende que la Ley 7/2012 introdujo una obligación tributaria formal agravada de los contribuyentes, que, en ningún caso, puede considerarse que confiera derechos. Por lo tanto, no puede la recurrente fundamentar en la aplicación de este precepto por la Resolución de 27 de diciembre de 2016 para fundamentar la existencia de responsabilidad patrimonial.

Por consiguiente, se solicita de la Sala que dicte SENTENCIA DESESTIMANDO íntegramente el recurso contencioso-administrativo en este punto.

(ii) Inexistencia de incumplimiento suficientemente caracterizado del Derecho de la Unión Europea

Subsidiariamente, a lo anterior, en el hipotético supuesto de que la Sala considerare que, en contra de lo alegado por esta Administración, las normas aducidas confieren derechos a los particulares, debe señalarse que tampoco procede la estimación del recurso contencioso-administrativo, dado que, no ha existido por parte del legislador nacional, un incumplimiento suficientemente caracterizado del Derecho de la Unión Europea.

La STS, Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª de 8 de marzo de 2023 anteriormente citada, determina que para que el incumplimiento del Derecho de la Unión sea suficientemente caracterizado es preciso:

- Que la norma de Derecho de la Unión Europea vulnerada, sea clara, precisa o suficientemente precisa, de modo el incumplimiento por parte del Estado miembro sea manifiesto y grave. Es decir, que el margen de apreciación del legislador español sea inexistente o muy limitado, considerándose la simple infracción del Derecho de la Unión como un incumplimiento suficientemente caracterizado (SSTS, Sala 3ª, de 15 de diciembre de 2018, 28 de marzo de 2019, entre otras).

La STJUE de 27 de enero de 2022 expone que las reformas sobre la legislación tributaria expuestas anteriormente por la Ley 7/2012 de 29 de octubre, vulnera la libertad de circulación de capitales establecida en el art. 63 TFUE. Del régimen jurídico establecido en el TFUE se desprende que no existe una clara vulneración del legislador estatal al incumplimiento del mismo. Existen dos preceptos en liza:

(a) El art. 63 TFUE dispone que; *“En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones de los movimientos de capitales de Estados miembros y entre Estados miembros y otros países. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones de pago entre Estados miembros, y entre Estados miembros y terceros países”.*

(b) No obstante, el art. 65 TFUE establece en su apartado 1; *“Lo dispuesto en el art. 63 TFUE se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:*

- a) *Aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto al lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital.*
- b) *Adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales o efectos de informe administrativa o estadística, o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad públicas”.*

De los preceptos transcritos se desprende, que el incumplimiento del legislador español del Derecho de la Unión según la STJUE de 27 de enero de 2022, no ha sido flagrante, ni suficientemente caracterizado dado que el art. 65 TFUE permite al legislador nacional adoptar las medidas de salvaguarda necesarias para evitar la evasión fiscal de los contribuyentes en terceros países no miembros.

Por consiguiente, cabe inducir que la Ley 7/2012 de 29 de octubre en cuya aplicación por la Resolución de 27 de diciembre de 2016 fundamenta la parte actora el derecho a obtener el resarcimiento no se puede considerar un incumplimiento flagrante de la normativa comunitaria, puesto que el legislador nacional pudo apoyarse en la excepción del art. 65 TFUE para imponer las obligaciones establecidas en la Ley posteriormente declarada contraria al Derecho de la Unión.

Como consecuencia, debe dictarse SENTENCIA DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo (art. 70.1 LRJCA).

- También, la jurisprudencia citada aduce cómo elemento de incumplimiento del legislador suficientemente caracterizado:
 - 1º. Que la infracción cometida o perjuicio sea intencional.
 - 2º. Que el eventual error de Derecho sea inexcusable.

3º. Cuando la violación del Derecho de la Unión perdura en el tiempo.

De acuerdo con estos presupuestos, esta representación considera que:

- Respecto de la intencionalidad del legislador español en la vulneración del art. 63 TFUE aducida por la STJUE de 27 de enero de 2022, en ningún modo debe considerarse intencional, dado que la Ley 7/2012 es anterior a la jurisprudencia del TJUE declarando la contrariedad al Derecho de la Unión.

No puede apreciarse intencionalidad en el legislador español porque se amparaba en la excepción de control establecida en el art. 65 TFUE y, además, no era conocedor de la jurisprudencia que declaró la vulneración del Derecho de la Unión debido a que la Ley 7/2012 se promulgó diez años antes que la doctrina del Alto Tribunal.

- El error de Derecho claramente fue excusable, puesto que el art. 65 TFUE permite, como se ha expuesto anteriormente, que el legislador nacional restrinja la libre circulación de capitales para garantizar el efectivo cumplimiento de la imposición de los tributos.
- Por último, tampoco la violación del Derecho de la Unión por el legislador estatal perduró en el tiempo.

La STJUE de 27 de enero de 2022, dio lugar a la pronta subsanación del legislador español para remediar los incumplimientos determinados por el Alto Tribunal Comunitario.

Para ello, el legislador español aprobó la Ley 5/2022 de 9 de marzo por la que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas.

El apartado IV del Preámbulo de la Ley 5/2022, de 9 de marzo, establece que;

“La STJUE de 27 de enero de 2022 (...) ha determinado que determinados aspectos del régimen jurídico de la declaración de bienes y derechos en el extranjero -modelo 720- incurren en incumplimientos de la normativa europea. En consecuencia, se hace necesario modificar dicho régimen jurídico para adecuarlo a la legalidad europea”.

En consecuencia, no existe una infracción del legislador español suficientemente caracterizada, no dando lugar al cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 32.5 LRJSP. Por ello, se interesa de la Sala que dicte SENTENCIA DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo (art. 70.1 LRJCA).

(iii) Inexistencia de relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta al legislador nacional por incumplimiento del derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares

Subsidiariamente, a todo lo hasta aquí expuesto, debe manifestarse por esta representación que tampoco concurre el requisito de la existencia de nexo de causalidad y el daño producido a la demandante por la ruptura del mismo.

La parte actora, tras la notificación de la Resolución de 27 de diciembre de 2016 por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, efectuó el pago de la liquidación complementaria y de la sanción impuesta sin que impugnara la validez de la misma. En consecuencia, al haberse producido el daño por falta de impugnación de la resolución administrativa que intenta hacer valer en el presente recurso contencioso-administrativo, la demandante va en contra de sus actos propios, rompiendo el nexo causal entre la producción del daño con la actuación de esta Administración demandada.

En virtud de lo expuesto, esta representación solicita que debe dictarse SENTENCIA DESESTIMANDO el recurso (art. 70.1 LRJCA).

D. Prescripción del derecho del demandante a reclamar los daños ocasionados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

Subsidiariamente, a lo expuesto anteriormente, debe manifestarse por esta defensa que los daños cuyo resarcimiento pretende la demandante no son susceptibles de indemnización al haber prescrito de acuerdo con el art. 34.1 II párrafo LRJSP.

Este precepto dispone que los daños ocasionados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea sólo serán indemnizables en el plazo de cinco años a partir de la fecha de la publicación de la sentencia que declara el incumplimiento del Derecho de la Unión en los términos expuestos anteriormente.

Habiéndose producido la publicación de la sentencia el 14 de marzo de 2022, según la computación establecida por el art. 30.4 LPACAP, el “*dies ad quem*” del efecto retroactivo del resarcimiento del daño, es el 14 de marzo de 2017, es decir, tres meses después de la producción del daño según la demandante por el pago de la liquidación complementaria y la sanción por la Resolución de 27 de diciembre de 2016.

En consecuencia, el pago de los 25.141.020,62 euros no es susceptible de indemnización al exceder del plazo retroactivo de cinco años desde la publicación de la sentencia, debiéndose DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo.

En cuanto a los intereses de demora suplicados, el art. 34.2 LRJSP se remite al art. 24 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria, estableciendo que sólo se abonarán transcurrido tres meses desde que se dictó la resolución. Al no existir resolución, no ha lugar al reconocimiento de los intereses de demora, debiendo desestimarse el recurso en este punto.

Nota del opositor: Este opositor se ha planteado la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial establecida en el art. 67.1 II párrafo LPACAP en relación con el art. 32.6 LRJSP.

Según el art. 67.1 II, párrafo LPACAP, dispone que, en el supuesto de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, el derecho a reclamar prescribe en el plazo de un año desde la publicación de la sentencia.

Habiéndose publicado la STJUE el 14 de marzo de 2022, el “*dies ad quem*” según la computación del art. 30.4 LPACAP termina el 14 de marzo de 2023. Por ello, la solicitud de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador se formula en el plazo al haber tenido entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda el 13 de marzo de 2023 (art. 21.3 LPACAP).

SEGUNDO. – Improcedencia de la pretensión de anulación de las liquidaciones complementarias y sanciones en aplicación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre por la Resolución de 27 de diciembre de 2016

Se desprende del suplico de la demanda formulada de contrario que la parte actora pretende un resarcimiento oblicuo en el supuesto de que la Sala no considerare que no procede el resarcimiento patrimonial invocado al anular la Resolución de 27 de diciembre de 2016 por la que la demandante abonó la cuantía de 25.141.020,62 euros.

No obstante, tampoco debe procederse a la estimación de esta pretensión con base en los siguientes argumentos:

A. Carácter firme de la Resolución de 27 de diciembre de 2016

La parte demandante pretende que se declare la anulación de la resolución impugnada. No obstante, no sólo esta resolución no agota la vía administrativa como ha quedado de manifiesto en los Fundamentos de Derecho procesales, ya que no se ha interpuesto reclamación económico-administrativa frente al Tribunal Económico-Administrativo Central en virtud del art. 227.2 a) y 3, Disp. Adic. 11ª y 229 LGT, en relación con el RD 520/2005 de 13 de mayo por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, si no que, la resolución ha devenido firme al no interponerse el preceptivo recurso en el plazo de un mes desde su notificación según el art. 235.1 LGT.

En consideración con lo expuesto, al ser un acto consentido y firme, no puede ser objeto de revisión ante esta jurisdicción, debiendo la Sala dictar SENTENCIA DESESTIMANDO el recurso en este punto.

B. Ausencia de causas de invalidez de la Resolución de 27 de diciembre de 2016

Subsidiariamente, si la Sala no considera fundada la anterior alegación, debe invocarse que tampoco concurre la causa de anulación pretendida por el demandante.

La anulabilidad es la regla general de invalidez de los actos administrativos definida como cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 48.1 LPACAP).

Por consiguiente, ha de aplicarse con mucha parsimonia y moderación en la esfera administrativa la teoría jurídica de las nulidades (STS de 27 de enero de 1936, por todas).

La infracción de la Ley 7/2012 del Derecho de la Unión Europea en virtud de la modificación del art. 39 LIRPF, la Disp. Adic. 18ª LGT y la Disp. Adic. 2ª de la misma, no puede considerarse como una infracción del ordenamiento jurídico válida para determinar la anulabilidad del acto, máxime que se ampara en una norma con rango de Ley que no ha sido derogada ni modificada en el momento de dictarse el acto impugnado. Tampoco puede ampararse en la vulneración del art. 63 TFUE, ni de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 88/361/CEE, puesto que, pese a la primacía del Derecho de la Unión Europea establecida en la STJUE de 5 de febrero de 1962 “*Van Gend & Loos*”, carece de efecto directo susceptible de ser invocado como causa determinante de la anulabilidad del acto.

Por consiguiente, debe dictarse SENTENCIA DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo.

C. Imposibilidad de devolución de los 25.141.020,62 euros por el procedimiento de devolución de ingresos indebidos

(i) Imposibilidad de reconocimiento de la devolución en vía jurisdiccional sin tramitarse en vía administrativa

Subsidiariamente, a lo expuesto, la parte demandante aduce que esta Ilustre Sala debe proceder a la devolución de la cantidad suplicada en el escrito de demanda “*por tratarse de un ingreso indebido*”.

El procedimiento de devolución de ingresos indebidos regulado en el art. 221 LGT y los arts. 14 y siguientes del RD 520/2005 de 13 de mayo, debe iniciarse de oficio o a solicitud de interesado, en vía administrativa, es decir, ante la Administración, sin que los Tribunales de lo Contencioso-administrativo puedan sustituir la iniciativa de los particulares en vía administrativa dado el carácter revisor de esta jurisdicción (art 1.1 LRJCA); en relación con el art. 9.4 LOPJ. Por consiguiente, debe DESESTIMARSE el recurso en SENTENCIA de conformidad con el art. 70.1 LRJCA.

(ii) Inexistencia de los supuestos establecidos para el reconocimiento del derecho

Con carácter subsidiario a lo anterior, también debe aducirse a la Sala que el procedimiento de devolución de ingresos indebidos tiene causas tasadas por el legislador según el art. 221 LGT:

- a) Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante del acto administrativo o de una autoliquidación.
- b) Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de las deudas tributarias o sanciones.
- c) Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción, con exclusión de aquellas liquidaciones vinculadas a delito fiscal del art. 252 LGT.
- d) Cualesquiera actos establecidos en la normativa tributaria.

Del examen del precepto se vislumbra que en el recurso no se dan ninguno de los supuestos para la obtención del ingreso indebido, debiendo dictarse SENTENCIA DESESTIMATORIA del recurso interpuesto de contrario.

(i) Prescripción del derecho a obtener el cobro

Y, con carácter subsidiario debe invocarse por esta representación que, de conformidad con el art. 66 c) LGT ha transcurrido el plazo de cuatro años tanto para la solicitud del ingreso indebido, como para obtener el cobro según el “*dies ad quo*” establecido en el art. 67 c) LGT, siendo desde el día siguiente al que se efectuó el ingreso, es decir el 28 de diciembre de 2020, prescribió el derecho al reconocimiento.

TERCERO. – Costas

Se solicita la condena en costas a la parte demandante (art. 139 LRJCA).

Por todo lo expuesto,

A LA SALA SUPLIICO que tenga por presentado este escrito de CONTESTACIÓN A LA DEMANDA interpuesta frente al recurso de M.B., se sirva admitirlo, y previos trámites que procedan en Derecho dicte en su día:

- (i) Respecto de la pretensión de responsabilidad patrimonial:
 - (a) AUTO remitiendo las actuaciones a la Sala 3ª del TS.
 - (b) Subsidiariamente, SENTENCIA INADMITIENDO el recurso de acuerdo con el art. 69 b) y c) LRJCA.
 - (c) Subsidiariamente, SENTENCIA DESESTIMANDO íntegramente la demanda.

- (ii) Respecto de la anulación de la Resolución de 27 de diciembre de 2016.
 - (a) SENTENCIA inadmitiendo el recurso.
 - (b) Subsidiariamente, SENTENCIA DESESTIMANDO íntegramente la demanda.

- (iii) Que se condene en costas a la parte demandante.

Por ser justicia, que respetuosamente pido en Madrid a 20 de mayo de 2024.

Fdo. El Abogado del Estado.

Alejandro Durán Gutiérrez.

PRIMER OTROSÍ DIGO que declaro la voluntad de subsanar cualesquiera defectos que incurran los actos procesales (art. 243.3 LOPJ y 138 LRJCA).

A LA SALA SUPLICO que tenga hecha esta alegación a los efectos oportunos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO, que, dado que la prueba se desprende del expediente administrativo, no se solicita ni recibimiento del pleito a prueba, ni que se acuerde la celebración de vista ni formulación de conclusiones escritas, declarándose el pleito concluso sin más trámites para sentencia (art. 57 LRJCA).

A LA SALA SUPLICO que tenga hecha esta alegación a los efectos oportunos.

Por ser justicia, que pido respetuosamente en Madrid, en el lugar y fecha *ut supra*.

Fdo. El Abogado del Estado.

Alejandro Duran Gutiérrez.

2. QUINTO EJERCICIO

PLANTEAMIENTO DEL CASO PRÁCTICO

Con fecha 3 de junio de 2023 tuvo entrada en la sede electrónica del Ministerio de Hacienda una petición firmada por el Presidente de la Asociación para la Defensa del Patrimonio Riojano (en adelante ADEPRI), con domicilio a efectos de notificaciones en su sede, sita en la Plaza de España, nº 9 bajo de Nájera (La Rioja), dirigida a la Dirección General de Patrimonio del Estado, poniendo de manifiesto los siguientes hechos:

1. Con fecha de 27 de febrero de 1962, el Estado adquirió un inmueble sito en Nájera, en la Plaza de España, s/n, en los aledaños del Monasterio de Santa María La Real fruto de una declaración de herederos abintestato a favor del Estado. Este inmueble fue arrendado a un particular, el Sr. Smith desde 1968 y ha estado vigente hasta el año 2014, año en que fue resuelto el contrato por impago de la renta por el inquilino desde el mes de mayo de 2013.
2. Con fecha 31 de Octubre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Logroño, que conocía del asunto, y tras no haberse opuesto la parte demandada ni contestado la demanda de desahucio, se dictan las resoluciones pertinentes para llevar a cabo el lanzamiento o desalojo de la finca.
3. Poco más de un mes después, se lleva a cabo con el inquilino, el Sr. Smith, una negociación y previo pago de las rentas, se ofrece la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento actualizado a la normativa vigente, o bien, alternativamente y a elección de éste último, la adquisición de la finca por la vía de la enajenación directa.

Tras la aceptación por el inquilino, el Sr. Smith, de la propuesta para la adquisición del bien, se lleva a cabo la iniciación del expediente de enajenación directa de la finca en su favor, valorándose en distintos informes técnicos emitidos por la Dirección General de Patrimonio del Estado tanto el valor de mercado del bien, como las distintas reparaciones llevadas a cabo en la finca y deuda total que, por su condición de arrendatario durante tantos años, tenía el Sr. Smith frente a la propiedad. Se formula finalmente pliego de condiciones de enajenación, fijando condiciones de pago, depósito previo y precio total de la compraventa.

4. Se tramita todo el expediente, con la preceptiva y previa emisión del informe de la Abogacía del Estado, aprobando la enajenación directa al Sr. Smith por medio de Orden Ministerial de 23 de febrero de 2016 por un importe de 682.800 €. La Orden Ministerial que aprueba definitivamente la operación simplemente señala que el artículo 137.4. i) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 33/2003), permite la venta directa cuando concurren circunstancias excepcionales, pero ni la más mínima mención se hace a si efectivamente se dan o no en el presente supuesto, y mucho menos aún, se pasa a explicarlas o a mencionarlas sucintamente. El informe previo de la Abogacía del Estado, por su parte, ni siquiera menciona esta cuestión.

5. La venta por el procedimiento de enajenación directa materializada por Orden del Ministerio de Hacienda de 23 de febrero de 2016 es formalizada por escritura de compraventa ante Notario de Nájera el día 29 de marzo de 2016, compareciendo el Delegado Especial de Economía y Hacienda de La Rioja y el comprador, satisfaciendo los gastos el Sr. Smith quien acto seguido procede a su inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha localidad.

6. En la misma Notaría y a continuación de la escritura de formalización de la venta, el Sr. Smith y su hijo firman una escritura pública de dación en pago, en virtud de la cual, el hijo del comprador libera a su padre del préstamo personal contraído para la adquisición del inmueble. A continuación se eleva esta escritura notarial para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

A juicio de ADEPRI esta venta ha de ser revocada pues el inmueble está sito en el conjunto histórico-artístico del Monasterio de Santa María La Real por lo que, ha de volver al patrimonio público y esgrime en su escrito una serie de alegaciones dirigidas a la Dirección General del Patrimonio del Estado para que revoque dicha venta.

Es de señalar que al final de la petición ADEPRI advierte que, pasado el plazo que legalmente proceda sin recibir respuesta expresa de la Dirección General del Patrimonio del Estado, procederá a iniciar las actuaciones judiciales que considere oportunas en defensa del patrimonio histórico riojano.

En especial, ADEPRI se centra en el acto posterior a la formalización de la venta consistente en la dación en pago estipulada entre el Sr. Smith y su hijo.

ALEGACIONES:

1. Incumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para la venta del bien inmueble patrimonial por enajenación directa.

Tras un pormenorizado estudio de toda la documentación ofrecida por el Portal de Transparencia, ADEPRI esgrime en su petición la existencia de flagrantes infracciones y deficiencias en la tramitación del procedimiento de enajenación directa de la vivienda sita en la Plaza de España, s/n de Nájera.

En su opinión, el procedimiento de enajenación, regulado en el artículo 138 de la Ley 33/2003, prevé y establece que en el acuerdo de iniciación del expediente hay que justificar debidamente que el bien que va a enajenar, no se considera necesario para el uso general ni para el servicio público ni se estima conveniente su explotación.

En el presente caso, el acuerdo de incoación del expediente hace alusión a que, efectivamente, esta vivienda no se considera necesaria para el uso general ni para el servicio público ni se estima conveniente su explotación, pero en ningún momento justifica debidamente, como exige la ley, el porqué de esa decisión.

Carece a juicio de ADEPRI, por tanto, de la justificación legalmente exigida, lo cual no hace ni tan siquiera sucintamente, y se vulnera con ello, el procedimiento establecido. La inclusión de la obligación de justificar por el legislador no es baladí, y obedece a un espíritu de transparencia y de justificar debidamente este tipo de decisiones que no se cumple en el presente supuesto.

Del mismo modo, tampoco consta que se haya procedido a la publicación de la enajenación en el BOE y en el Boletín de la Provincia, así como a su exhibición en el tablón del Ayuntamiento, tal y como exige igualmente el artículo 138.3 de la referida Ley 33/2003. Vuelve a prescindirse de normas del procedimiento que pueden considerarse esenciales, ya que concretan y materializan, con preceptos específicos, los principios de transparencia y publicidad inspiradores de la ley y que se recogen en el artículo 8 de la misma.

La tercera vulneración del procedimiento establecido es la ausencia absoluta de justificación y desarrollo, en ninguna de las resoluciones dictadas por la Administración del Estado, de las circunstancias excepcionales que permiten llevar a cabo la enajenación directa al ocupante, al amparo del artículo 137.4. i) de la Ley 33/2003. Efectivamente el señalado precepto permite la enajenación directa a quien sea ocupante de una finca titularidad de la Administración y que tenga carácter patrimonial — no vinculada a un uso público —, pero señalando claramente que es posible siempre que “se considere conveniente por razones excepcionales”.

Ciertamente, tanto el acuerdo de incoación del expediente de enajenación como la Orden Ministerial que aprueba la misma, así como la escritura de compraventa recogen este precepto, pero dichas razones no se justifican ni se desarrollan lo más mínimo, según las consideraciones de ADEPRI.

2. Existencia de fraude de ley en el procedimiento administrativo de enajenación directa del bien.

Argumenta ADEPRI en su solicitud de revocación de la venta que, se hallan, por tanto, ante vulneraciones procedimentales todas ellas destinadas un mismo fin, evitar y/u obviar dar cumplimiento a los requisitos de publicidad, objetividad y transparencia.

Insiste en que, llama la atención la ausencia de justificación, esta vez sí exigida claramente por la norma, de que el bien no sirve al interés general del Estado. Y ello, toda vez que la fecha en la que comienza a producirse la situación de hecho que provocó la enajenación (concretamente los impagos de renta que después provocan que el Sr. Smith sea ocupante de la finca, y no arrendatario) coincide en el tiempo con una serie de acontecimientos arqueológicos en el entorno que, precisamente, habrían aconsejado guardar un excesivo celo a la hora de justificar esta ausencia de utilidad, la cual debiera haber sido, al contrario de obviada, más y mejor, justificada si cabe.

- 3.** Procedencia de la anulación del expediente administrativo de enajenación del bien, con todos los efectos inherentes a ello.

Con todo lo expuesto, ADEPRI considera acreditados todos los requisitos exigidos por la ley para la anulación de todo lo actuado, por infracción flagrante del procedimiento legalmente establecido, al amparo del artículo 238.3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); y por fraude de ley, al amparo del artículo 6 del Código Civil. Según ADEPRI la infracción del procedimiento es evidente y ya ha sido puesta de manifiesto y desarrollada.

- 4.** Indefensión para el interés general en su conjunto: es evidente que es dicho interés quien se ha visto privado de un bien que le pertenecía al Estado y que ahora no puede utilizar en beneficio de un mero particular. Se ha causado, por tanto, un perjuicio al Estado y a la sociedad, en general privándolo de una parte de su patrimonio mediante un procedimiento que ha visto vulnerada sus propias normas. Y por otra, porque como ya se ha dicho, los principios inspiradores de la Ley 33/2003 tienen como claro objetivo la defensa, ante todo, del patrimonio del Estado y del interés general. No faltan artículos, entre otros el 8.2 y 28 de la Ley 33/2003, que refuerzan esta protección.

- 5.** Por otra parte, concluye ADEPRI que, obran pruebas suficientes para entender acreditada la existencia de fraude de ley en el procedimiento administrativo de enajenación, lo cual conlleva igualmente la anulación del mismo en su totalidad, con todos los efectos inherentes a dicha declaración.

Insiste además que esta Asociación tiene entre otros fines, según sus Estatutos: a) velar por la conservación del patrimonio cultural de La Rioja; b) promover la tutela y gestión responsable de todo el patrimonio; c) procurar que el desarrollo urbanístico y territorial de La Rioja se haga respetando su patrimonio (...).

El Sr. Director General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda ante la petición de ADEPRI eleva consulta a la Abogacía del Estado en el Departamento sobre las siguientes

CUESTIONES:

1. Sobre la calificación jurídica de la solicitud presentada por ADEPRI en sede electrónica el día 3 de junio de 2023.
2. Sobre el análisis de los posibles motivos de inadmisión de dicha petición.
3. Sobre el procedimiento administrativo que ha de seguirse, en el caso de la admisión de la petición presentada por ADEPRI.
4. Sobre los eventuales efectos de la dación en pago entre el Sr. Smith y su hijo.
5. Sobre el órgano competente para resolver el procedimiento administrativo que se instruya a raíz de la petición de ADEPRI.
6. Sobre la viabilidad jurídica de la revocación o anulación de la enajenación directa derivada del procedimiento administrativo que se curse.
7. Sobre qué actuaciones jurisdiccionales puede emprender ADREPRI ante la ausencia de respuesta expresa por el Centro Directivo y de qué plazo se dispone para dictar resolución expresa.

El Sr/a Opositor/a, debe redactar un borrador de **DICTAMEN que ha de elevar a la DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONSULTIVO-ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO**, respondiendo a cada una de las cuestiones planteadas con cuantos argumentos jurídicos entienda pertinentes para dar solución al caso y, pudiendo analizar, además cualquier aspecto que, directamente relacionados con aquellas, resulten de interés.

NOTA DEL OPOSITOR

No hay mayor satisfacción para mí que poder contribuir a esta publicación, que tiene como propósito servir de guía y apoyo a futuros opositores en su preparación para superar el cuarto y quinto ejercicio de la oposición. A tal efecto, reproduzco el quinto ejercicio tal y como lo redacté el 3 de junio de 2024 en un despacho de Ayala 5, con sus aciertos y equivocaciones.

Tener a mis padres al lado ha sido la clave del éxito; parafraseando a Arquímedes, “dadme a mis padres y os moveré el mundo”. Agradezco también a demás familiares y amigos su apoyo incondicional durante estos años.

La dedicación y el compromiso de mis preparadores, José Luis, Miguel Ángel, Manolo y Ángel, han sido fundamentales para alcanzar esta ansiada meta, y por esta razón les estaré eternamente agradecido.

Inspira pensar que esta publicación colectiva en la que tengo el honor de participar puede llegar a marcar una diferencia en la preparación de otros opositores. A todos ellos les dedico este trabajo con el sincero deseo de que les sea de ayuda y lleguen a convertirse en compañeros.

RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO POR D. ARMANDO FERNÁNDEZ-ARAMBURU REINA

Ha tenido entrada en esta Abogacía del Estado la petición de informe formulada por la Dirección General de Patrimonio del Estado sobre determinadas cuestiones relacionadas con el expediente de enajenación directa al señor Smith del inmueble sito en la Plaza de España de Nájera, La Rioja, a raíz de la solicitud presentada en la sede electrónica del Ministerio de Hacienda el 3 de junio de 2023 por la Asociación para la Defensa del Patrimonio Riojano.

De acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto 649/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas en el ámbito de la Abogacía General del Estado, y en la Instrucción 3/2010, de actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, se eleva consulta a la Dirección General de lo Consultivo de la siguiente propuesta de dictamen, a fin de que se confirme por este centro directivo, o se introduzcan en su caso, las modificaciones pertinentes.

PROPUESTA DE DICTAMEN

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los del enunciado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA SOLICITUD PRESENTADA POR LA ASOCIACIÓN EL 3 DE JUNIO DE 2023.

La Asociación para la Defensa del Patrimonio Riojano presentó el 3 de junio de 2023 una petición por la que se solicitaba la anulación del procedimiento de enajenación directa del inmueble que figura en los antecedentes de hecho, por considerar que se ha prescindido del procedimiento establecido y por la existencia de fraude de ley.

La primera cuestión que es necesario esclarecer en este informe se refiere a la calificación del escrito presentado, dado el silencio que lo acompaña. Por tal motivo, y con el fin de darle la tramitación adecuada, procederemos a determinar su naturaleza jurídica a partir del análisis de su contenido. Esta labor reviste gran importancia, ya que el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), señala que *“la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación”*.

Una primera posibilidad es considerar que la asociación, como persona jurídica, ha ejercitado el derecho fundamental de petición regulado en el artículo 29 de la Constitución Española y desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora de derecho de petición.

Según el artículo 1 de la citada ley orgánica, toda persona, natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos establecidos por la presente ley y sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario. De dicho artículo no resulta obstáculo alguno para calificar la solicitud como una petición, a los efectos de esta ley orgánica.

Sin embargo, el artículo 3.2 de la misma dispone que *“no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley.”*

Este artículo no contempla una simple causa de inadmisión, sino que, por el contrario, delimita el ámbito del derecho fundamental del artículo 29 de la Constitución. Por tanto, queda excluida de dicho ámbito la presente solicitud, pues, pretendiendo la anulación de un procedimiento administrativo, siempre habría podido interponer en forma recurso administrativo o contencioso administrativo, o bien promover la revisión de oficio.

En definitiva, la solicitud no se ha presentado en ejercicio del derecho de petición.

En segundo lugar, podría plantearse que la asociación ha presentado una solicitud de revocación, pues en repetidas ocasiones el escrito solicita la revocación de la venta.

Esta calificación ha de ser rotundamente descartada, ya que el artículo 109.1 LPAC dispone que las Administraciones públicas podrán revocar sus actos desfavorables o de gravamen, lo que revela dos cosas: por una parte, que esta potestad se ejerce de oficio, no siendo posible la solicitud de su ejercicio por el interesado; y, por la otra, que solo cabe revocar los actos desfavorables, no teniendo tal consideración la orden ministerial que aprueba la enajenación a favor del señor Smith.

En tercer lugar, tampoco cabe calificar el escrito como una solicitud de declaración de lesividad a los efectos del artículo 107 LPAC. Resultando el procedimiento de enajenación favorable al señor Smith, y, según la asociación, contrario al ordenamiento jurídico, la declaración de lesividad y consiguiente impugnación contencioso administrativa sería una vía adecuada expulsar los actos viciados de la realidad jurídica.

Sin embargo, el artículo 107.1 LPAC no contempla la incoación de este procedimiento a instancia de parte. Así se desprende del artículo 106.1 de la misma ley, que expresamente permite la iniciación del procedimiento de revisión de oficio a petición del interesado. Si el legislador hubiera querido que la declaración de lesividad se formulara a instancia de parte, así lo habría establecido.

Además, en este procedimiento, la Administración no anula los actos viciados, limitándose a declararlos lesivos como presupuesto procesal para su posterior impugnación, correspondiendo exclusivamente a los tribunales de lo contencioso anularlos, evidenciando aún más lo improcedente de esta calificación.

Por tanto, no puede calificarse el escrito presentado por la asociación como una solicitud de incoación del procedimiento del artículo 107 de la LPAC.

Llegados aquí, caben dos opciones: calificar el escrito como una solicitud de revisión de oficio o como un recurso administrativo, militando a favor de ambas posibilidades diversos argumentos.

En primer lugar, podría calificarse la solicitud como un escrito de interposición de un recurso administrativo, al amparo del artículo 115.2 LPAC, según el cual, *“el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.”*

Si así se hiciera, procedería automáticamente la inadmisión del recurso, al concurrir más de una de las causas de inadmisión del artículo 116 LPAC. Dejando de lado la posible falta de legitimación y la inexistencia de actividad impugnada, es indudable que el recurso se ha interpuesto fuera del plazo establecido (artículo 116 d) LPAC. El plazo para interponer los recursos de alzada y de reposición es de un mes, y han transcurrido más de siete años.

Por tanto, la consecuencia inmediata de la calificación del escrito como un recurso sería la inadmisión.

Por el contrario, el principal argumento a favor de la calificación del escrito como una petición de revisión de oficio es que ésta podrá formularse en cualquier momento, aunque hayan transcurrido siete años, y ello porque la nulidad de pleno derecho es un vicio de tal entidad que el legislador permite su apreciación en cualquier momento, sin someterlo a un plazo de prescripción.

Concorre, asimismo, uno de los presupuestos básicos para el ejercicio de la potestad revisora del art. 106 LPAC, a saber: que el acto haya ganado firmeza al no haber sido recurrido en plazo.

Además, la legitimación para pedir la declaración de nulidad es más amplia que para interponer recurso, no limitándose a quienes hayan sido parte en el procedimiento administrativo. No obstante, esta legitimación no es ilimitada, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

A mayor abundamiento, la asociación alega un motivo de nulidad de pleno derecho de los previstos en el artículo 47.1 LPAC, concretamente el recogido en la letra “e”, según el cual, son nulos de pleno derecho los actos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido”*. Este motivo de nulidad está mal invocado, pues la asociación menciona en su escrito el artículo 238 de la LOPJ, referido a la nulidad de los actos procesales. En cualquier caso, no deja de alegar un motivo de nulidad previsto en el artículo 47.1 e LPAC, por lo que se entiende cumplido este requisito.

Recapitulando, la solicitud reúne, al menos indiciariamente, los requisitos previstos en el artículo 106 LPAC, si bien al amparo del artículo 115.2 de la misma ley puede ser calificado como un recurso administrativo.

Entendemos que la solicitud formulada es una petición de revisión de oficio y no un escrito de interposición de un recurso administrativo, como resulta de la interpretación del artículo 115.2 LPAC, que pasamos a exponer.

Una interpretación finalista del artículo 115.2 LPAC, avalada por el artículo 3 del Código Civil, nos lleva a concluir que dicho artículo proclama un principio antiformalista, a fin de conseguir una resolución sobre el fondo en los recursos administrativos, evitando que defectos formales como el error o la ausencia de la calificación del recurso se erijan como obstáculos a su tramitación. Pues bien, resultaría contrario a dicho principio antiformalista la calificación del escrito como un recurso a meros efectos de su inadmisión por extemporáneo, evitando un pronunciamiento sobre el fondo.

A una conclusión parecida llegamos si optamos por interpretar el artículo 115.2 LPAC según el “sentido propio de sus palabras”, conforme al artículo 3 CC. El artículo 115.2 LPAC se refiere al “*error o a la ausencia de calificación del recurso*”, lo que contempla dos supuestos: que se haya interpuesto recurso de alzada procediendo el de reposición o viceversa o que no se mencione el tipo de recurso que se interpone. Ambos supuestos suponen que se haya mencionado en el escrito la voluntad de interponer recurso, aunque sea el equivocado, lo que aquí no sucede.

En virtud de lo anterior, entendemos que el escrito presentado por la asociación el 3 de junio de 2023 es una solicitud de revisión de oficio de las previstas en el artículo 106.1 LPAC.

2. ANÁLISIS DE LOS MOTIVOS DE INADMISIÓN DE LA PETICIÓN.

Habiendo sido calificada la petición como una solicitud de revisión de oficio, hemos de referirnos a las específicas causas de inadmisibilidad del artículo 106.3 LPAC, según el cual, el órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite en tres supuestos:

- a) cuando la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1;
- b) cuando carezcan manifiestamente de fundamento;
- c) cuando se hayan desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Prima facie, no concurre ninguna de estas causas de inadmisión, ya que la solicitud se basa en una causa de las previstas en el artículo 47 LPAC, como hemos señalado, y, por esta razón, no cabe decir anticipadamente que el recurso carezca de fundamento, pues a esa conclusión solo se llegará tras un minucioso examen de las alegaciones, tomando en consideración el informe del Consejo de Estado. Además, desconocemos si se han desestimado en cuanto al fondo peticiones similares.

No obstante, procede inadmitir la solicitud por falta de legitimación.

El artículo 4.1. a) LPAC dispone que *“se consideran interesados en el procedimiento administrativo a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos”*. La asociación carece de un derecho subjetivo que pueda ser ejercitado en un procedimiento administrativo y tutelado ante los tribunales, por lo que procede analizar si ostenta un interés legítimo.

El interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte del interesado, y que se materializa, de estimarse su solicitud, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012 ya señaló que *“están legitimados para instar el procedimiento especial de revisión de oficio de los actos administrativos...los titulares de derechos o intereses legítimos que dimanen del acto cuya nulidad de pleno Derecho se pretende, en cuanto que de dicha declaración de nulidad radical se produzca un beneficio o efecto favorable concreto, cierto y directo para el accionante, sin que baste el mero interés de defensa de la legalidad”*.

La anulación del procedimiento administrativo y la eventual revocación de la venta no producirían ningún tipo de beneficio a la asociación solicitante, por lo que carece de legitimación. El hecho de que sus estatutos le atribuyan determinadas funciones dirigidas a la defensa del patrimonio cultural no desvirtúa la anterior conclusión.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2023 recopila la jurisprudencia en la materia, y termina reconociendo legitimación a una fundación para impugnar el real decreto de nombramiento de presidente del Consejo de Estado.

Para el reconocimiento de dicha legitimación no basta con la auto atribución estatutaria, sino que es necesaria una trayectoria continuada, manifestada en diversas actividades, a fin de evitar las pantallas instrumentales para litigar (STS de 30 de noviembre de 2023, reiterada por la 334/2024, fundamento de derecho cuarto).

Pues bien, en el presente caso, la asociación solicitante no ha acreditado el interés legítimo necesario para promover la revisión de oficio, limitándose a mencionar determinados fines estatutarios.

Comoquiera que la STS 334/2024 dispuso que la significación que la Constitución otorga a las asociaciones no alcanza a transformarlas en guardianes abstractos de la legalidad, cabe afirmar la falta de legitimación de la misma.

Esta falta de legitimación determina la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio.

Además, en caso de que la Dirección General del Patrimonio del Estado estime que se ha interpuesto un recurso, procede asimismo la inadmisión por los siguientes motivos:

En primer lugar, por falta de legitimación conforme a lo ya señalado (artículo 116 b) LPAC).

En segundo lugar, por tratarse de un acto no susceptible de impugnación (artículo 116 c)). Se solicita la anulación de todo el procedimiento, lo que incluye actos de trámite irrecurribles ex artículo 112.1 LPAC, a sentido contrario.

En tercer lugar, ha transcurrido el plazo para interponer el recurso, según el artículo 116 d) LPAC. Los recursos de alzada y de reposición se interponen en el plazo de un mes, habiendo transcurrido más de siete años.

En definitiva, procede la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio por falta de legitimación, y en caso de que por esta Dirección General se aprecie la interposición de un recurso, también, con base en el artículo 116 b), c) y d) LPAC.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A SEGUIR EN CASO DE ADMISIÓN DE LA PETICIÓN.

En el hipotético evento de que por esta Dirección General se admitiera la solicitud presentada, sería necesario dictar una resolución sobre el fondo, en cumplimiento de la obligación de resolver que impone el citado artículo 21 LPAC.

Con carácter preliminar, hemos de hacer una precisión: se ha producido el silencio administrativo desestimatorio. Habiéndose presentado la solicitud el 3 de junio de 2023, el procedimiento debería haberse resuelto antes del 3 de diciembre de ese mismo año, pues el plazo máximo para resolver es de seis meses (artículo 106.5 LPAC). El sentido del silencio es desestimatorio, según dicho artículo y el art. 24.1.3º párrafo LPAC.

Este silencio, que simplemente permite entender desestimada la petición a efectos de abrir la vía del recurso, no exime a la Administración de la obligación de dictar resolución expresa, que se adoptará sin vinculación alguna al sentido del silencio (artículos 21, 24.1 y 24.3 b) LPAC).

Dejando de lado el órgano competente para resolver, que se tratará después, destacamos los siguientes trámites del procedimiento:

En primer lugar, hay que emplazar al señor Smith y a su hijo, pues el artículo 4.1 b) LPAC dispone que se consideran interesados en el procedimiento administrativo *“los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”*. Si se anulara el procedimiento administrativo decaería el título de propiedad del señor Smith, y, por ende, el de su hijo, de forma que ha de tener la oportunidad de intervenir en el procedimiento en defensa de su derecho.

Deberá darse audiencia a los interesados, según el artículo 82.1 LPAC, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

Finalizado el trámite de audiencia, debe solicitarse dictamen del Consejo de Estado (artículo 106.1 en relación con el 82.1 segundo párrafo, ambos de la LPAC). Dicho dictamen corresponde a la Comisión Permanente del Consejo de Estado (artículo 22.10 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

Una vez recibido dicho dictamen, habrá de resolverse conforme a su sentido favorable o desfavorable, dado su carácter vinculante.

4. EVENTUALES EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO.

El señor Smith, adjudicatario del contrato de enajenación del inmueble, tras la formalización de la escritura pública, lo transmite a su hijo en pago de un préstamo personal contraído para la adquisición del inmueble.

Para analizar los eventuales efectos de esta dación en pago, hemos de destacar previamente el régimen jurídico de los negocios patrimoniales a la luz del artículo 110 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Según este artículo, *“los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se registrarán por esta ley y las normas de derecho privado.”*

Ello determina que todas las vicisitudes posteriores a la orden del Ministerio de Hacienda de 23 de febrero de 2016 se someten al derecho privado, incluida la escritura de compraventa celebrada entre el Delegado Especial de Economía y Hacienda y el señor Smith.

Dicha escritura pública, otorgada al amparo del artículo 113 LPAC, produjo los efectos del artículo 1462.2 CC, según el cual, *“cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”*. Tras esta tradición instrumental, el señor Smith se convirtió en propietario.

El artículo 348.1 CC dispone que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Por tanto, el señor Smith, en su condición de propietario, tenía plena libertad de disposición del inmueble, y nada impedía que pudiera transmitírselo a su hijo. Esta enajenación, por muy próxima que sea a la adquisición de la propiedad por el señor Smith, ha de reputarse, en principio, plenamente válida.

Esta transmisión podría haberse evitado con una prohibición de disponer, ya que el artículo 111 LPAP establece el principio de libertad de pactos en los negocios patrimoniales y el artículo 132 prevé que la enajenación podrá efectuarse en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico, de carácter oneroso. No habiéndose establecido ninguna limitación, ha de entenderse que el comprador tenía plena disposición del inmueble.

La transmisión del señor Smith a su hijo se llevó a cabo a través de la dación en pago, figura no regulada, aunque mencionada en el artículo 1521 CC.

Según la STS 276/2018, se trata de un negocio complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación. Es decir, la dación en pago es una figura perfectamente válida para transmitir la propiedad al acreedor.

A partir de los hechos relatados en el enunciado, no podemos concluir que haya un negocio inválido que deba ser impugnado.

De la forma de actuar de los contratantes se colige que su voluntad es transmitir el dominio al hijo del señor Smith, instrumentando a tal fin la dación en pago. También podrían haber celebrado un contrato de compraventa, en el caso de que el señor Smith hubiera abonado el precio con su dinero, sin el préstamo de su hijo.

Esta forma de proceder puede parecer constitutiva de un negocio simulado por falta de causa. Sin embargo, más que una simulación nos encontramos ante un negocio indirecto, en el que las partes han acudido a un contrato de préstamo y a la dación en pago para conseguir los efectos propios de la compraventa.

El negocio indirecto no plantea problema alguno, siempre que las partes se ajusten a aquellas disposiciones que tienen por objeto proteger a terceros, pues en caso contrario se convertiría en un medio para eludir la aplicación de normas imperativas, lo que queda prohibido por el artículo 6.4 CC. De los antecedentes remitidos por el órgano consultante no consta la existencia de terceros perjudicados, de forma que nada podemos reprochar a este negocio jurídico.

En resumen, todas las vicisitudes relativas a la propiedad y a la transmisión del inmueble se rigen por el derecho privado; y el señor Smith, en ejercicio de la facultad de disponer que le corresponde como propietario, ha concertado un negocio indirecto perfectamente válido para transmitir el inmueble a su hijo, ahora dueño.

5. ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER EL PROCEDIMIENTO QUE SE INSTRUYA.

64

El artículo 111 LPAC regula la competencia para la revisión de oficio de las disposiciones y actos administrativos nulos y anulables en el ámbito estatal, en función del órgano que haya dictado el acto que se revisa.

El artículo 135 LPAP dispone que el órgano competente para enajenar los inmuebles de la Administración del Estado es el Ministerio de Hacienda, mientras que la incoación y tramitación del expediente corresponde a la Dirección General del Patrimonio del Estado.

En este caso, la asociación solicita la anulación de todo el procedimiento administrativo, lo que plantea la dificultad de si se impugna la actuación de la Dirección General del Patrimonio o la del Ministro de Hacienda. El artículo 49.1 LPAC dispone que *“la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero”*, por lo que, *contrario sensu*, la anulación de actuaciones del expediente administrativo lleva consigo la de la orden ministerial.

Es decir, se está solicitando la revisión de un acto del Ministerio de Hacienda, además de un acto de la Dirección General. En el primer caso, la competencia corresponde al Consejo de Ministros, ex artículo 111 a) LPAC, mientras que, en el segundo, al Ministro de Hacienda, ex artículo 111 b) de la misma ley, y ello porque según el Real Decreto 206/2024, de estructura del Ministerio de Hacienda, la citada Dirección General depende de la Subsecretaría de Hacienda, y ésta, del Ministro, y no del Secretario de Estado.

El artículo 14.3 Ley 40/2015, de régimen jurídico del Sector Público, dispone que los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, de lo que se desprende que entre la competencia del Consejo de Ministros y la del Ministerio de Hacienda, ha de prevalecer la primera, pues el Consejo de Ministros es el órgano administrativo superior jerárquico de la Administración General del Estado.

Por tanto, la revisión de oficio corresponde al Consejo de Ministros, ex artículo 111 a) LPAC.

6. VIABILIDAD DE LA REVOCACIÓN O ANULACIÓN DE LA ENAJENACIÓN DIRECTA.

La solicitud de la asociación es inviable por varios motivos, como pasamos a exponer.

En primer lugar, la revisión de oficio tiene por objeto la declaración de nulidad de un acto administrativo, no pudiendo impugnarse por medio del mismo la totalidad del expediente administrativo, ya que la regla general es justo la contraria, es decir, la conservación de los actos no viciados (artículo 51 LPAC).

La asociación debería haber solicitado en forma la declaración de nulidad de los distintos actos administrativos que incurrieran, a su juicio, en un vicio de nulidad radical, siendo posible la acumulación de procedimientos de revisión de oficio al amparo del artículo 57 LPAC. Una vez declarada la nulidad de uno o ciertos actos administrativos, dicha declaración extendería sus efectos a los actos posteriores y dependientes conforme al artículo 49.1 LPAC, ya señalado, consiguiendo la eliminación del expediente o de gran parte del mismo.

Sin embargo, la asociación no ha impugnado actos concretos, sino todo el procedimiento, lo que, unido a la falta de claridad en sus alegaciones, ha de conducir a la desestimación de la revisión de oficio.

En segundo lugar, la solicitud es inviable en la medida en que sus alegaciones no consiguen desvirtuar la presunción de validez de los actos administrativos contenida en el artículo 39.1 LPAC, a cuyo tenor *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*.

La asociación señala diversas infracciones que, a su juicio, suponen prescindir del procedimiento establecido y constituyen fraude de ley.

Cabe destacar que en el procedimiento de revisión de oficio del artículo 106 LPAC sólo se pueden alegar causas de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 47 LPAC, resultando absolutamente improcedente la alegación de fraude de ley. Ello determina que solo analicemos los motivos de nulidad de dicho artículo 47, rechazando cualquier otro argumento.

El artículo 47 LPAC tiene un doble ámbito material, pues contempla tanto las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos como las de las disposiciones generales.

Aunque el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, contempla la orden ministerial como el medio para aprobar las disposiciones reglamentarias del Ministro, la orden ministerial aquí cuestionada reviste las características de un acto administrativo y no de una norma jurídica, al tener un contenido que se agota tras su cumplimiento.

Hecha la anterior aclaración, y una vez descartada la alegación de fraude de ley, hemos de analizar en qué causa de nulidad de las previstas en el artículo 47.1 LPAC encajan las supuestas infracciones indicadas en la solicitud presentada por la asociación.

La falta de motivación de la enajenación y la falta de publicación son, a priori, subsumibles en el artículo 47.1 e) LPAC, según el cual, son nulos los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Estas causas de nulidad han de ser aplicadas con mucha parsimonia y moderación, dada la naturaleza de los intereses que en los actos administrativos entran en juego, según la STS 21 de diciembre de 1936, lo que determina que deban interpretarse con carácter absolutamente restrictivo.

La falta de justificación de que la vivienda no es necesaria para el uso general o el servicio público no puede ser concebido como una causa de nulidad de pleno derecho, pues no se ha prescindido de ningún trámite, sino que, a lo sumo, se ha cumplimentado defectuosamente. Además, puede entenderse cumplida dicha justificación exigida por el artículo 138 LPAP, ya que en el propio expediente debe constar el arrendamiento durante cuarenta y seis años, evidenciando que no ha sido necesaria para el uso general o el servicio público.

Por otra parte, la falta de publicación es un mero defecto de forma cuyo análisis no ha de efectuarse en este procedimiento de revisión. Una cosa es el procedimiento de enajenación y otra distinta la publicidad de dicho procedimiento, por lo que tampoco se ha prescindido, *stricto sensu*, del procedimiento de enajenación.

Finalmente, insiste la asociación en que no se ha justificado la concurrencia de las circunstancias excepcionales que aconsejan la venta a favor del ocupante del inmueble, tal y como prevé el artículo 137.4 i) LPAP, lo que, a su vez, engarza con el artículo 35.1 i) LPAP, conforme al que “*serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: i) los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales*”.

Reiteramos lo ya señalado anteriormente en cuanto a la falta de motivación: que un trámite se haya cumplido defectuosamente no equivale a la completa omisión del mismo, de manera que nos encontramos ante un mero defecto de forma.

Por último, cabe resaltar que la solicitante alega indefensión, alegación que, si bien tiene cierto sentido a la luz de los defectos de forma examinados, por cuanto puede desembocar en un vicio de anulabilidad (48.2 LPAC), carece de relevancia en un procedimiento de revisión de oficio, reservado, como tantas veces hemos señalado, a los motivos de nulidad del artículo 47.1 de la LPAC.

En resumen, las alegaciones de la solicitante son absolutamente improcedentes, no habiendo lugar a la declaración de nulidad.

En tercer lugar, la solicitud es inviable por el tiempo transcurrido entre la tramitación del expediente administrativo y la solicitud presentada. El artículo 110 LPAC fija ciertos límites al ejercicio de la potestad revisora, al señalar: *las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.*

En este caso, entendemos que, por el tiempo transcurrido, el ejercicio de la potestad revisora resultaría contrario a la equidad y a la buena fe, pues perjudicaría al Sr. Smith y a su hijo, quienes, en todo momento, se relacionaron con la Administración Pública bajo la confianza de que ésta actuaba conforme a Derecho.

Por las razones expuestas, esta Abogacía del Estado entiende que la solicitud de revisión de oficio no puede prosperar.

A efectos dialécticos, si se declarase la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación, cabe analizar qué efectos tendría en la venta.

El artículo 110.1 LPAP dispone que los negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo, y subsidiariamente, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Pues bien, ante el silencio de la LPAP acudimos a este régimen supletorio, y en concreto, al artículo 42.1 LCSP, que reza lo siguiente:

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor.

De esta forma, la declaración de nulidad de la adjudicación llevaría consigo la liquidación del contrato de compraventa, debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones, de forma similar al artículo 1303 CC.

Cabe destacar que la restitución del inmueble procedería en todo caso, ya que:

1. El señor Smith no es tercer hipotecario en el sentido del artículo 34 LH, dada la nulidad de su título. Solo es tercer hipotecario quien inscribe título válido, como resulta del artículo 33 LH (*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*).
2. El hijo del señor Smith no tiene la consideración de tercero de buena fe a los efectos del artículo 34 LH, pues, al haber participado en el negocio indirecto y al haber adquirido la propiedad inmediatamente después de la formalización del contrato de compraventa, debió conocer los vicios en que incurrió el título adquisitivo de su padre.

En resumen, se desestimaré la petición de la asociación, y, en caso de estimarse, procedería la restitución de las prestaciones.

7. ACTUACIONES JURISDICCIONALES Y PLAZO.

Como ya hemos señalado, la solicitud se presentó el 3 de junio de 2023, por lo que, a fecha de hoy, 3 de junio de 2024, se ha producido el silencio desestimatorio a efectos de abrir la vía de recurso.

Habiéndose incumplido ya el plazo, la resolución del procedimiento deberá dictarse a la mayor brevedad posible, en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 21.1 LPAC.

La asociación solicitante podría interponer recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud, según el artículo 24.2 LPAC, en cualquier momento. No obstante, si se resuelve el procedimiento de revisión de oficio, la asociación dispondrá del plazo común de dos meses para interponer el recurso, a contar desde la notificación del acto (artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la JCA).

De acuerdo con el artículo 12.1. a) LJCA, la competencia corresponde al Tribunal Supremo, pues, como decíamos, el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejo de Ministros.

En virtud de lo anterior, esta Abogacía del Estado emite las siguientes

CONCLUSIONES

- 3.** La solicitud presentada ha de calificarse como una petición de revisión de oficio, de acuerdo con la argumentación del fundamento de derecho primero.
- 4.** Procede la inadmisión por falta de legitimación de la asociación
- 5.** En el procedimiento administrativo ha de darse trámite de audiencia a los interesados y recabarse dictamen del Consejo de Estado.
- 6.** La dación en pago debe reputarse válida de acuerdo con el fundamento de derecho cuarto.
- 7.** El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio es el Consejo de Ministros.
- 8.** Procede la desestimación de la solicitud de revisión de oficio, y en caso de estimación, la liquidación del contrato con restitución de prestaciones.
- 9.** Ha de resolverse el procedimiento administrativo en el menor plazo posible, cabiendo, entre tanto, y hasta dos meses después de la resolución, recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo.

Es cuanto tengo el honor de informar, no obstante, usted decidirá.

El Abogado del Estado

Armando Fernández-Aramburu Reina

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y
RELACIONES CON LAS CORTES MINISTERIO DE
LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON
LAS CORTES MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y
RELACIONES CON LAS CORTES MINISTERIO DE
LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON
LAS CORTES