

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY

Clemente CHECA GONZÁLEZ*

RESUMEN: En este artículo se trata un tema de capital importancia: es posible llegar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador como consecuencia de leyes que hayan sido declaradas inconstitucionales, y concretamente, qué ocurre en el supuesto de que de la previa aplicación de tal ley se hayan derivado una serie de ingresos a cargo de los ciudadanos. Se analiza la naturaleza de las sentencias del Tribunal Constitucional, diferenciando entre las que tienen carácter retrospectivo de las que lo tienen prospectivo, y con relación a estas últimas se examina la doctrina aplicada por el Tribunal Supremo español, en el sentido de que en estos casos es procedente la declaración de indemnización a los afectados, toda vez que concurren plenamente los requisitos para decretar la responsabilidad patrimonial de los entes públicos.

ABSTRACT: *This article deals with a subject of capital importance: is it possible to get to declare the patrimonial responsibility of the State-legislator as a result of laws that have been declared unconstitutional? and, more in particular, what would happen supposing that from the previous application of such Law a series of income in charge of the citizens has been derived? It is analyzed the nature of Sentences of Constitutional Court, making a difference between those having retrospective character and those having a prospective one, and regarding these last it is examined the doctrine applied by the Spanish Supreme Court according which in cases like these an indemnity declaration in favor of affected ones is due, every time the requirements concur totally to declare patrimonial responsibility of public entities.*

* Catedrático de derecho financiero y tributario. Consejero del Consejo Consultivo de Extremadura.

I. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC, en adelante), desarrolla en su título X, artículos 139 a 146, algunos parcialmente modificados por la Ley 4/1999, de 13 de enero, las previsiones sobre responsabilidad patrimonial de la administración que se contienen en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución española.

El primero de éstos establece que se garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, mientras que en el artículo 106.2 del texto constitucional se indica que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Debe reseñarse, en todo caso, que la Constitución no supuso una innovación significativa en esta materia, ya que como ha señalado la mejor doctrina, se limitó a confirmar la existencia de un principio de garantía patrimonial de los particulares frente a los daños sufridos por la actividad administrativa, principio ya introducido en nuestro ordenamiento jurídico, fruto de una larga evolución histórica, por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que señaló que daba lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufriesen en los bienes y derechos a que dicha ley se refería; ampliándose esta posibilidad de responsabilidad por medio del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en el que, a diferencia del precepto anterior, que circunscribía de forma exclusiva, como se acaba de indicar, el ámbito de las lesiones indemnizables a las que padeciesen los particulares en los bienes y derechos referidos en susodicha ley, ya se extendió la responsabilidad de la administración a las lesiones que los ciudadanos soportasen en cualesquiera de sus bienes y derechos.

Los artículos de la Ley 30/1992 que disciplinan esta materia —y que han convertido el principio general de responsabilidad civil de las administraciones públicas en una de las piezas esenciales de nuestro Estado de

derecho o, por decirlo con las palabras del preámbulo de la citada ley, en uno de los dos grandes soportes, junto al principio de legalidad, de nuestro sistema administrativo— son aplicables, con carácter general, a todos los supuestos de indemnización de los daños producidos por los poderes y órganos públicos,¹ a salvo, únicamente, de que exista una regulación especial, como, por ejemplo, ocurre en el supuesto de responsabilidad por actuaciones judiciales, toda vez que el apartado 4 del artículo 139 de dicha ley señala que la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A tenor del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, la lesión que debe indemnizarse por los daños sufridos por los particulares² en cualesquiera de sus bienes y derechos se produce, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, englobándose en esta última dicción, como ha puesto de relieve la doctrina, tanto el mal funcionamiento del servicio público —ejecución de acuerdos ilegales, o funcionamiento irregular por impericia, error, negligencia o dolo—, como la omisión de una actividad ordenada, o el retraso en el obrar.

Nos hallamos, pues, en presencia de una responsabilidad objetiva o por el resultado, tesis sustentada por el Tribunal Supremo, desde su ya lejana Sentencia de 10 de julio de 1943, en numerosos pronunciamientos,³ habiendo mantenido también lo propio el Consejo de Estado en

1 Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1996 se afirmó que “cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las administraciones públicas, y en concreto de las Comunidades Autónomas”.

2 El término “particulares” debe interpretarse de forma extensiva, de forma tal que tienen derecho a ser indemnizados, cuando se produzcan los requisitos para ello, no sólo las personas físicas, sino también cualesquiera otros sujetos jurídicos, incluidas las distintas administraciones públicas que sufran lesión en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que hayan sido prestados por parte de otra administración. En esta línea son claras y concluyentes las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1994, 2 de julio de 1998 y 10 de abril de 2000, en las que se declaró que “el sujeto activo de la relación jurídica de responsabilidad extracontractual por funcionamiento de un servicio público puede ser lo mismo un sujeto público que uno privado y de este tipo, un simple particular o un servidor público”.

3 Algunas de las recientes en este sentido son las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1999, 25 de octubre de 1999, 10 de noviembre de 1999, 2 de marzo de 2000, 27 de febrero de 2001, 13 de marzo de 2001, 19 de abril de 2001, 7 de mayo de 2001, 24 de julio de 2001 y 25 de junio de 2002, en las que se ha manifestado que: “La responsabilidad patrimonial de la administración se configura como una responsabilidad objetiva o de resultado, por lo que es

múltiples dictámenes recaídos sobre esta materia, en los que se ha puesto de relieve que la culpa ha dejado de ser el fundamento del sistema de responsabilidad, convirtiéndose la misma, simplemente, en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración.⁴

Ello es así, con la excepción, como ya indiqué, de la existencia de “fuerza mayor”, esto es, de los daños causados por aquellos hechos que aún siendo previsibles, sean sin embargo, inevitables, insuperables, irresistibles y extraños o ajenos por completo a la actividad administrativa o al funcionamiento de los servicios públicos.⁵

Ello conlleva, en consecuencia, que la administración responde cuando lo que se haya producido es un caso fortuito, el cual se concibe como un suceso que se caracteriza por las notas de indeterminación e interioridad, es decir, por desconocerse la causa desencadenante del mismo y por tratarse de un evento que se produce dentro del ámbito de actuación pro-

indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, pues es suficiente para declararla que como consecuencia directa de aquélla se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado; y esta fundamental característica —‘carácter objetivo de la responsabilidad’— exige que no sólo es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos”.

4 En el ámbito de la responsabilidad extracontractual en el derecho privado sucede algo parecido, esto es, existe una indudable tendencia hacia la responsabilidad objetiva. Buena muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, en la que se declaró que: “el llamado derecho común de la responsabilidad civil ha experimentado una profunda transformación tanto cuantitativa como cualitativa, hasta el punto de convertirse en un genuino derecho de daños, abierto al concepto más amplio de la responsabilidad colectiva y que, en su proyección a ciertos sectores de la realidad, ha tendido a atenuar la idea originaria de culpabilidad para, mediante su progresiva objetivación, adaptarse a un principio de resarcimiento del daño *pro damnato*”.

5 Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 y 27 de mayo de 1999 han señalado que la fuerza mayor es la única hipótesis excepcional de la responsabilidad de la administración, caracterizada por su irresistibilidad, *cui humana infirmitas resistere non potest*. Esto no obstante, más matizadamente a mi juicio, en las sentencias de este mismo órgano de 20 de octubre de 1997 y 18 de febrero de 1998, entre otras, se afirmó que: “La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad... debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor —única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente—, a los cuales importa añadir la *intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta*, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla”. En esta misma línea ampliatoria se pronuncian, igualmente, a título de ejemplo, las más recientes sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2002 y 8 de octubre de 2002.

pio de la administración (por ejemplo, avería de un servicio público de origen desconocido, imprevisible e inevitable). Por el contrario, la fuerza mayor es una causa extraña, exterior al ámbito típico de acción del sujeto y a sus riesgos propios (por ejemplo, guerra, tempestad, etcétera).⁶

En cualquier caso, como se indica en el apartado 2 del artículo 139.2 de la LRJ-PAC, el daño alegado —entre éste y la actuación administrativa tiene que existir, de modo obligatorio, una relación de causalidad, esto es, una conexión directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto, sin intervención extraña que pudiera influir, alterando dicho nexo causal—⁷ ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Por daño efectivo se entiende el daño cierto ya producido, no simplemente posible, contingente, hipotético o futuro; no basta, en definitiva, “la mera frustración de una expectativa”, tesis refrendada por numerosos pronunciamientos jurisdiccionales.

El carácter evaluable del daño concurre tan sólo cuando haya tenido lugar un auténtico quebranto patrimonial, pero no así cuando únicamente hayan existido simples molestias o perjuicios sin trascendencia económica subjetiva; siendo oportuno destacar que en la actualidad ya no existe

6 Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995, 30 de septiembre de 1995, 18 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996, 26 de febrero de 1998, 10 de octubre de 1998, 13 de febrero de 1999, 16 de febrero de 1999, 11 de mayo de 1999, 25 de noviembre de 2000, 19 de abril de 2001 y 31 de enero de 2002. En todas ellas se ha establecido la diferencia entre *caso fortuito* y *fuerza mayor*, señalando que en el primer supuesto estamos en presencia de un evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos; mientras que en el segundo caso, la fuerza mayor, hay una determinación irresistible y exterioridad, indeterminación absolutamente irresistible, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista, de tal modo que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio.

7 En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2000 se indicó que debe aplicarse a estos efectos el principio de *causalidad adecuada*, “que exige, para observar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es necesaria la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”.

obstáculo alguno, más allá del de su cuantificación, en reconocer también la indemnización por daños morales —así se reconoce expresamente por el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, al admitir la responsabilidad por daños a las personas de carácter físico o psíquico—, y ello como compensación del dolor o sufrimiento que determinados actos tienen sobre las personas, como lo son la muerte de seres queridos, o la existencia de dolor por las lesiones producidas; ni tampoco para indemnizar tanto al daño emergente como al lucro cesante, si bien ello no ampara las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de tales ganancias sean dudosas o meramente contingentes.

Por último, la individualización del daño en una persona o grupo de personas excluye del ámbito de la responsabilidad las cargas e incomodidades generales que, por exigencias del interés público, la administración puede hacer gravitar sobre los particulares, aun cuando algunos hayan de sufrirlos en mayor medida que otros, al organizar los servicios públicos.

Indiquemos, por último, que a tenor del artículo 141.1 de la LRJ-PAC, únicamente son indemnizables las lesiones producidas al particular, que provengan de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

El legislador español ha acogido, pues, el concepto de antijuridicidad, tradicional y usualmente admitido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, habiéndose señalado, por ejemplo, por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1978, 31 de octubre de 1978, 10 de diciembre de 1979, 8 de marzo de 1982 y 2 de junio de 1982, que el daño es antijurídico o ilícito en todos los casos en que la administración carezca de “título legítimo que justifique en derecho la irreversible carga impuesta al administrado”.

Conforme a ello el daño es antijurídico cuando la norma no obliga al perjudicado a soportar dicho daño. Por el contrario, si dicha obligación existe, si las normas imputan al particular los efectos dañosos de una determinada intervención administrativa, en tal supuesto si concurre una causa o título de justificación excluyente de la antijuridicidad del daño producido por mencionada actuación administrativa, tal como se ha declarado, entre otras, por las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997, 18 de febrero de 1998, 20 de mayo de 1998, 11 de marzo de 1999, 13 de enero de 2000 y 12 de julio de 2001.

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES. INTRODUCCIÓN AL TEMA DE DEBATE

Un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es el recogido en el apartado 3 del artículo 139 de la LRJ-PAC, que alude a la responsabilidad derivada de actos legislativos que sean conformes con el ordenamiento constitucional.

Dicho precepto constituye la respuesta del ordenamiento jurídico español a una cuestión que hasta hace poco, y aún en buena medida, sigue siéndolo, era un tema que planteaba muchos problemas, y ello porque, como ha señalado la doctrina, el planteamiento de la teoría de la responsabilidad del Estado por actos normativos era muy conflictivo, por el hecho de presentarse como una cuña dirigida a los más profundos reductos de la libre decisión política, de la soberanía.

Fueron el *arrêt* La Fleurette, de 14 de enero de 1938, y, sobre todo, el *arrêt* Bovero, de 23 de enero de 1963, del *Conseil d'Etat*, los hitos básicos en el tema de la responsabilidad patrimonial debida a la actuación del Estado legislador, si bien es preciso indicar que ya previamente, con la publicación por Duguit en 1911, de su *Traité de droit constitutionnel*, se había formulado de forma paradigmática la tesis de la responsabilidad del Estado por actos legislativos.

En el *arrêt* La Fleurette se declaró que la sociedad La *Fleurette* tenía derecho a exigir que el Estado fuese condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido como consecuencia de una prohibición legal impuesta en favor de la industria lechera que había colocado a tal sociedad en la obligación de cesar en la fabricación de un determinado producto que venía explotando. Con esta tesis era, sin embargo, necesario que el demandante probase, ante el silencio de la ley, que el legislador no había pretendido excluir el derecho a indemnización.

No obstante, a partir del *arrêt* Bovero —que desplazó el centro de gravedad de la consideración de la responsabilidad del Estado como una modalidad de régimen especial de responsabilidad, a ser considerada como una responsabilidad pública de derecho común o *responsabilité sans faute*, al fundarse sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas— se mantuvo la doctrina de que la producción de un daño por un

acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, a salvo de que el legislador haya excluido expresamente tal derecho.

En citado artículo 139.3 de la LRJ-PAC se dispone que: “Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Pese a la anómala redacción del precepto, que parece dar a entender que si en los actos legislativos no se establece la obligación de indemnizar ésta no existirá, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia —acertadamente en mi opinión— no presta atención a si el acto legislativo recoge o no expresamente la indemnización procedente, sino al hecho de que el daño consista en un sacrificio especial e imprevisible para alguna persona, con quebranto además de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y equilibrio de las prestaciones; es, por ejemplo, muy ilustrativa a este propósito la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1997, en la que se declaró que la omisión de previsión legal expresa sobre la materia de responsabilidad no impedirá la correspondiente indemnización, siempre que se demuestre que la norma procedente del Poder Legislativo supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial de carácter especial.

Respecto a esta materia existen pronunciamientos jurisdiccionales en ambos sentidos: unos que reconocen la responsabilidad de la administración por actos legislativos, ciertamente menos numerosos; y otros, la mayor parte de ellos, que se decantan por entender que no se produce la concurrencia de los requisitos necesarios para que los daños derivados de actos legislativos sean indemnizables.

a) Entre los primeros, esto es, entre las *sentencias que han admitido la obligación de indemnizar como consecuencia de la responsabilidad de la administración por actos legislativos* —lo que se ha hecho bajo la premisa básica de que no debe descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la administración llamada a aplicar la ley, apelándose expresamente a estos efectos por la jurisprudencia al principio de confianza legítima—

nos encontramos, por ejemplo, con las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 6 de julio de 1999, referidas a la indemnización a que se tiene derecho por la *eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios derivado del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea*; o con los pronunciamientos jurisdiccionales que han declarado la *responsabilidad patrimonial generada por procesos urbanizadores, o por haber realizado inversiones en actividad urbanizadora*, constituyendo buena muestra de ello las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 6 de marzo de 1998, 3 de marzo y 27 de septiembre de 1999, y 16 de mayo de 2000, en las que se declaró que era procedente acceder a la petición de indemnización solicitada, ya que concurrían los requisitos exigidos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la administración, que son un resultado dañoso, su imputabilidad a ésta, el nexo causal entre la ley y los daños pedidos y, en fin, la individualización de los derechos afectados; o con las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1998 y 9 de octubre de 1998, en las que también se accedió a la petición de indemnización solicitada por los *perjuicios ocasionados, por el hecho de haberse implantado un impuesto por la Ley del Parlamento de Canarias 5/1986, de 28 de julio, del Impuesto Especial sobre Combustibles Derivados del Petróleo*, que las empresas afectadas no pudieron repercutir en cuanto a los *stocks* que tenían en sus depósitos en el momento de aplicarse la nueva imposición, dado que los precios de venta al público eran fijados administrativamente y al rebajarlos resultaron inferiores a la suma del precio de compra y el nuevo impuesto autonómico.

b) Entre los segundos, es decir, entre los *pronunciamientos jurisdiccionales que han entendido que no se produce la concurrencia de los requisitos necesarios para que los daños derivados de actos legislativos sean indemnizables*, cabe citar, por ejemplo, las sentencias que se refieren al tema de la *jubilación forzosa de los funcionarios y a las normas que anticiparon la edad de jubilación*, tema resuelto en sentido desestimatorio, esto es, en el de que no cabe la exigencia de responsabilidad patrimonial desde la lejana Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, habiendo sido, desde entonces, muy numerosas las sentencias de este órgano que se han manifestado en igual sentido —entre las más recientes las de 22 de septiembre de 2000, 24 de octubre de 2000, 19 de diciembre de 2000, 30 de enero de 2001, 14 de noviembre

de 2002 y 15 de noviembre de 2002—, en las que se ha declarado que el personal sujeto a régimen estatutario que está al servicio del Estado, no goza de un derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual existente en su patrimonio, sino de una simple expectativa a que la jubilación forzosa se produjese a una determinada edad (la vigente en el momento de comenzar la prestación de sus servicios), sujeta en todo momento a las posibles reformas del aludido régimen estatutario, por lo que, en suma, la jubilación forzosa del referido personal por causa de edad forma parte del contenido de la relación estatutaria que les vincula con el Estado, y la anticipación de la edad de jubilación constituye una legítima modificación legislativa de dicho régimen estatutario, que no produce a los afectados una lesión que deba ser indemnizada.

En idéntico sentido, fue solicitada la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los *daños y perjuicios padecidos por los agentes de aduanas como consecuencia de la entrada en vigor del Acta Única Europea*, cuya firma fue autorizada por acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de febrero de 1986, y ratificada por la Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre, al afirmarse que las decisiones estatales españolas habían originado a aquéllos perjuicios en concepto de indemnizaciones abonadas a trabajadores, no amortización de inversiones, pérdida de instalaciones y clientes, daño moral y profesional, pérdida de trabajo y lucro cesante, en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998, 6 de julio de 1999 y 15 de julio de 1999; se ha declarado que en este caso no se daban las circunstancias que determinan la concurrencia de un sacrificio particular de derechos o intereses legítimos suficiente para dar lugar a la exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de la actuación del gobierno.

Asimismo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1999 y 17 de enero de 2000 se ha afirmado —ante la reclamación de daños y perjuicios derivados de la aplicación a los recurrentes del *régimen de incompatibilidades para el ejercicio del segundo puesto de trabajo en el sector público* establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre— que:

La modificación del sistema de incompatibilidades de los funcionarios, haciendo más estricta su vinculación con la administración mediante la prohibición de simultanear el desempeño de dos o más puestos de trabajo de carácter público o uno público y otro privado, no es ni constituye expropiación alguna

sin garantía indemnizatoria, por la razón esencial de que los funcionarios, y en general, los empleados públicos no ostentan un derecho constitucional a mantener esas condiciones en que se desarrolla su función al servicio de la administración en el mismo nivel de exigencia que tuvieron a su ingreso en la misma y por consiguiente, ni existe un derecho patrimonial individual previo ni tampoco una expropiación en cuanto privación singular de derechos patrimoniales, por la mera modificación de la legislación sobre incompatibilidades en el seno de la función pública, razones que determinan la desestimación de la pretensión instada ante el hecho de que expectativas fundadas en la permanencia de un determinado *status* funcional se frustren al modificarse tal estatuto.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2000 se declaró, con relación al tema de la compensación a las corporaciones locales por los beneficios fiscales establecidos por el Estado o las Comunidades Autónomas, que los concedidos a las *entidades concesionarias de autopistas de peaje en la contribución territorial urbana* —lo que ocurrió por medio de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, que dispuso que los concesionarios podían disfrutar de una serie de beneficios tributarios, entre los que se encontraba una reducción de hasta el 95% de la base imponible de la contribución territorial urbana, que recayese sobre los aprovechamientos destinados a autopista de peaje, en los términos que estableciesen los pliegos de cláusulas y los decretos de adjudicación—, que ellos no provocaban ningún detrimento patrimonial para los ayuntamientos, por lo que no cabía indemnización alguna, ya que “la bonificación en la base imponible del tributo existía ya al momento de convertirse aquél en local, de modo que el ayuntamiento, al subrogarse en la posición del anterior titular del impuesto, el Estado, no sufrió ningún detrimento patrimonial, pues la cuota tributaria que, desde un primer momento, percibió por la contribución territorial urbana, reflejaba la reducción propia del referido beneficio fiscal”.⁸

⁸ También en materia de haciendas locales nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2000, en la que —recogiendo doctrina anterior, como, por ejemplo, la contenida en las sentencias de este órgano de 31 de octubre de 1992, 2 de noviembre de 1993 y 10 de octubre de 1998— se señaló que el *cese de los recaudadores municipales en el desempeño de sus funciones* no suponía privación de derechos, sino de meras expectativas, por lo que era improcedente la indemnización solicitada.

Por último, en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2002, 14 de marzo de 2002, 12 de abril de 2002 y 13 de abril de 2002, se ha manifestado, igualmente, que tampoco existía derecho a la indemnización solicitada por responsabilidad patrimonial en el supuesto al que dio lugar la promulgación del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, cuyo artículo 22 estableció la *liberalización de los servicios funerarios*.

Son, como se aprecia, bastantes numerosos los pronunciamientos del Tribunal Supremo contrarios al reconocimiento de la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del legislador derivada de actos legislativos adecuados y conformes a derecho.

No obstante, no es éste, aunque genéricamente tienen un tronco común, el tema objeto directo de este trabajo, ya que de lo que pretendo ocuparme en las páginas siguientes es de la importante cuestión de si es posible, o no, llegar a declarar también la responsabilidad patrimonial como consecuencia, o con ocasión, de leyes que hayan sido declaradas previamente inconstitucionales, tema éste sobre el que antes de llegar a una conclusión es preciso detenerse en el alcance y contenido de la eficacia de las declaraciones del Tribunal Constitucional.

III. ALCANCE ORIGINARIO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDAD Y SUBSIGUIENTE NULIDAD

Originariamente, el Tribunal Constitucional español mantuvo la tesis de que la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley llevaba inevitablemente aparejada su nulidad, y así se comprueba de la lectura de numerosas sentencias de este órgano, siendo lo normal, en estos casos, que se ordenase que se restableciesen las situaciones jurídicas anteriores y que, en consecuencia, se reparasen o indemnizasen los daños ocasionados a los ciudadanos por la ley expulsada del ordenamiento jurídico.

Como ha señalado la doctrina, la práctica que se venía siguiendo era la de proceder a la devolución de las cantidades ingresadas en virtud de normas declaradas inconstitucionales, realizándose, pues, una lectura tradicionalmente a favor de la devolución de los tributos inconstitucionales como consecuencia de una nulidad entendida *ope legis* y *ex tunc* derivada de las declaraciones de inconstitucionalidad bajo la apreciación de la doctrina retrospectiva. Esta interpretación fue respaldada en el derecho

positivo español por la aplicación, por el Ejecutivo, de las sentencias del Tribunal Constitucional 179/1987 (en materia de recargo por los ayuntamientos sobre el IRPF) y 19/1987 (sobre la libre fijación por los ayuntamientos del tipo de gravamen de las Contribuciones Territoriales Rústica y Pecuaria y Urbana) que entendió que el efecto de dichas sentencias era, en cualquier caso, *pro praeterito*, debiendo procederse a la articulación de las medidas legislativas pertinentes para proceder a la devolución de las cantidades *indebidamente* ingresadas, lo que se llevó a efecto por medio del Real Decreto 1959/1986 y del Real Decreto-Ley 1/1987.

IV. ALCANCE ULTERIOR DE DETERMINADAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDAD SIN NULIDAD. LA CUESTIÓN DE LAS “SENTENCIAS PROSPECTIVAS”. CUESTIONES DERIVADAS DE ESTA SITUACIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DEVOLUCIÓN DE INGRESOS

La situación descrita cambió de raíz a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero, en la que existe un punto de inflexión con la doctrina precedente, al declararse en ella, por una parte, la *inconstitucionalidad y nulidad* de los artículos 7, apartado tercero; 31, apartado segundo, y 34, apartados tercero y sexto, de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF; por otra, la *inconstitucionalidad* del artículo 4.2 de referida ley, en cuanto que no preveía para los miembros de la unidad familiar, ni de manera directa ni tampoco por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada; y por otra, en fin, también la *inconstitucionalidad* del artículo 24, apartado b), de la misma ley, en su redacción anterior a la Ley 37/1988, en cuanto que no incluía entre los periodos impositivos inferiores a un año, el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo.

Obsérvese, pues, que en relación a determinados preceptos se declaró su inconstitucionalidad y nulidad, mientras que respecto a otros tan sólo su inconstitucionalidad; distinción que ya había sido acogida en la Ley de 21 de diciembre de 1970, de modificación del Tribunal Constitucional alemán, que junto a la “declaración de nulidad” (*Erklärung der Nichtigkeit*) introdujo la “declaración de incompatibilidad” (*Erklärung der*

Unvereinbarkeit), equivalente a la empleada por el Tribunal Constitucional español de simple inconstitucionalidad.⁹

En dicha Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989 se acogió la doctrina de la llamada por el Tribunal Supremo americano *prospectividad* del fallo, frente a la tradición de la retroactividad de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley,¹⁰ al señalarse en ella que la declaración de nulidad de una ley tiene tan sólo eficacia *pro futuro*, desprendiéndose de ello que entre las situaciones jurídicas consolidadas, que han de considerarse no susceptibles de poder ser revisadas, figuran no sólo las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino, asimismo, las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes.

Esta doctrina ha sido también defendida, entre otros argumentos, con base en la circunstancia, según la cual, de no admitirse tal tipo de pronunciamientos probablemente no llegarían a declararse inconstitucionales un buen número de normas, por miedo a que la declaración de nulidad provocase hacia el pasado una serie de repercusiones difícilmente

9 Esta modificación legislativa se quedó, sin embargo, corta, puesto que en la práctica el Tribunal Constitucional alemán dispone de las siguientes técnicas para modular los efectos de sus sentencias: *a) Sentencias admonitorias sin señalamiento de plazo*: el tribunal advierte al legislador que la ley devendrá inconstitucional si no la reforma en un periodo razonable. *b) Sentencias admonitorias con plazo para el legislador*: se indica la fecha concreta en que la ley resultará inconstitucional si el legislador no la reforma. *c) Simple inconstitucionalidad con efectos retroactivos*: el precepto inconstitucional resulta inaplicable en tanto el legislador no lo complete con otras medidas, no alcanzando los efectos *ex tunc* de la sentencia a las situaciones administrativas firmes de carácter no penal. *d) Simple inconstitucionalidad con efectos pro futuro*: el tribunal no aplica esta técnica de forma pura, sino que la completa mediante medidas transitorias que eviten un vacío legislativo (o los efectos traumáticos de la supresión de la norma inconstitucional), para lo cual o bien se concede un breve periodo en el que la norma inconstitucional puede seguir aplicándose, o se expresan criterios materiales directamente aplicables con carácter transitorio.

10 El Tribunal Supremo americano ya formuló la doctrina prospectiva en 1965, en su Sentencia Linkletter. El señor Linkletter fue condenado con base en unas pruebas que posteriormente a su condena firme el Tribunal Supremo —en su Sentencia Mapp, de 1961— declaró contrarias al principio *due process of law* de la Constitución. Apoyándose en ello, Linkletter solicitó la revisión de su condena. Sin embargo, la sentencia de 1965 rechazó esta pretensión, afirmando que la aplicación retroactiva de esa doctrina sobre la inadmisión constitucional de ciertas pruebas supondría “*abrumar hasta el extremo a la administración de justicia*”, puesto que ésta tendría que revisar virtualmente muchas de las condenas en curso de ejecución, cuando ya habrían desaparecido los testigos directos y la posibilidad de nuevas valoraciones del conjunto de las pruebas restantes, y que este *serious disrupt* o desorganización profunda de la administración de justicia debía de evitarse, fruto de lo cual fue la declaración de inconstitucionalidad a la fecha de la misma, es decir, para el futuro, prospectivamente.

controlables, tanto desde la vertiente jurídica, como, sobre todo, desde la económica, al tenerse que hacer frente a una serie de desembolsos económicos fruto de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes.

Semejante tesis, que, sin duda, tiene su parte de razón desde un punto de vista pragmático, es, sin embargo, en mi opinión, difícilmente defendible desde una óptica estrictamente jurídica, puesto que con ese miedo a ocasionar una catástrofe presupuestaria se origina un déficit del control constitucional tributario;¹¹ y, aparte de ello, no parece que la jurisprudencia prospectiva tenga mucho sentido dentro de un ordenamiento en que la Constitución, más que un conjunto de principios orientadores de la función legislativa ordinaria, es una norma, la primera norma del ordenamiento, por lo que, en suma, una norma posterior que tenga contenido contrario a la Constitución no puede coexistir con ella, en términos puramente lógicos.

Lo cierto, sin embargo, es que a partir de susodicha Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, la *prospectividad* se ha instalado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, de forma tal que sus pronunciamientos en materia tributaria vienen generalmente acompañados de unos efectos *pro futuro* de la exclusión del ordenamiento jurídico de normas tributarias sustantivas.

Y digo generalmente (no exclusivamente), puesto que, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 289/2000, de 30 de noviembre, se declaró inconstitucional y *nula* la Ley balear 12/1991, de 20 de diciembre, reguladora del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, lo que forzó al Parlamento de las Islas Baleares a aprobar la Ley 12/2001, de 22 de junio, de modificación de la Ley 15/2000, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de dicha comunidad autónoma, con el objeto de afrontar los costes financieros que tal sentencia conllevaba, fruto de las devoluciones que había que realizar a los contribuyentes de referido impuesto.

No resulta fácilmente comprensible esta postura del Tribunal Constitucional que, en unos casos, cuando se trata del Estado, intenta evitar el problema presupuestario que para él supone hacer frente a una serie im-

11 A este respecto ya se ha señalado que el interés público es un principio que sólo puede fundamentar la no retroacción de los efectos de las sentencias en casos muy excepcionales, ya que en el resto de supuestos el único principio que se protegería con esta forma de proceder sería el mero interés a la recaudación.

portante de devoluciones de ingresos, mientras que cuando se trata de una comunidad autónoma, este problema le parece menor, y no adopta medida alguna para evitarlo. Dónde queda aquí la igualdad de trato entre ambos entes públicos territoriales, cuando se aplican tan distintas varas de medir para una misma situación.

Debido a esta circunstancia de que las sentencias tengan ya, habitualmente, el contenido que se acaba de poner de manifiesto, se ha generado un grave problema, que se aprecia básicamente en el seno del derecho financiero y tributario, y que se produce cuando el ciudadano solicita, con base en la declaración de inconstitucionalidad de una ley, la devolución de ingresos indebidos satisfechos con cobertura en dicha norma.

Tal como ha quedado el sistema, luego de la doctrina nacida de la tantas veces citada Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, única y exclusivamente quien había instado en tiempo la revisión del acto administrativo o de una declaración-liquidación podía aprovecharse, de forma retroactiva, del fallo del tribunal declarativo de la inconstitucionalidad de la ley correspondiente, siempre que, de acuerdo con lo ya manifestado, la sentencia resolutoria de tal recurso no se hubiese aún pronunciado. Era algo así, como se ha señalado muy gráficamente, como “un premio al recurrente”.

En cambio, quien no había recurrido, se venía a encontrar con la desagradable sorpresa de que una vez producida la Sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido indicado, esto es, con efectos para el futuro, se le cerraban las puertas para conseguir su objetivo de que se le restituyese lo que en su momento ingresó en la hacienda pública, lo que es, por decir poco, un verdadero dislate, la generación de una indeseable desigualdad de la que claramente salía favorecido quien había recurrido frente a quien no lo había hecho.

La cuestión se complicó, por lo demás, a la vista de la posición del Tribunal Constitucional que denegó el amparo constitucional a quienes lo interpusieron contra sentencias judiciales basadas en leyes declaradas inconstitucionales si se había producido la negativa del juez ordinario a plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Sumamente ilustrativa de esta situación fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1997, de 2 de octubre, en la que se denegó al recurrente en amparo nada menos que la aplicación de la doctrina previamente declarada por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia

173/1996, de 31 de octubre, en la que se había declarado inconstitucional el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria que elevó la tasa fiscal sobre el juego de máquinas recreativas tipo B a una cuota fija anual de 375.000 pesetas; y creó para las máquinas, cuya tasa fiscal correspondiente al ejercicio 1990 se hubiese devengado con anterioridad a la entrada en vigor de la propia ley, un gravamen complementario para dicho ejercicio, fijándose su cuantía en la diferencia entre la cuota fija y la determinada en el Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, esto es, entre aquellas 375.000 pesetas y las 141.750 pesetas que éste había fijado, con lo cual el importe de tal gravamen resultaba ser de 233.250 pesetas, con fundamento en que la retroactividad de dicho precepto suponía una flagrante vulneración del principio de seguridad jurídica.

Pues bien, interpuesto un recurso de amparo, antes de que se pronunciase esta sentencia que se acaba de citar, por un contribuyente de este luego declarado inconstitucional gravamen complementario sobre la tasa del juego, el Tribunal Constitucional, en dicha Sentencia 159/1997, de 2 de octubre, recaída ya, pues, luego de conocerse el fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, se afirmó que no era posible trasladar la declaración de inconstitucionalidad realizada en tal sentencia al amparo debatido, y ello porque:

La posible inconstitucionalidad que la recurrente imputa al artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, por su eventual contradicción con el principio de igualdad, no residiría realmente en una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución por estar basada en una diferenciación de índole subjetiva, sino en una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada por el artículo 31.1 de la Constitución. Y, por tanto, la conclusión última sólo puede ser, a la luz de la doctrina antes expuesta, que nos encontramos ante una eventual desigualdad no susceptible de ser corregida por el cauce del presente proceso de amparo, aunque pueda serlo, en su caso, por el de otros procesos constitucionales, como el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad.¹²

¹² Estas afirmaciones representan una muestra más de la tradicional tesis del Tribunal Constitucional español de que el artículo 31 de la Constitución no regula derechos susceptibles de amparo constitucional, lo que provoca que los contribuyentes que recurren por esta vía, en no pocas ocasiones, invocan como fundamento de sus pretensiones la regla de la igualdad contenida en el

Cuanto porque el juez ordinario ante el que se había recurrido la sentencia se había negado a plantear cuestión de inconstitucionalidad acerca de la norma que el recurrente estimaba que no era conforme al ordenamiento constitucional y que, a la postre, como luego se confirmó, así fue efectivamente.

Sumamente crítico con esta tesis se ha mostrado gran parte de la doctrina, ya que, por encima de su impecable construcción formal, la misma conduce a unos resultados prácticos que implican una grave quiebra de la supremacía constitucional, puesto que, en definitiva, la desestimación de los amparos supone la confirmación de sentencias que aplicaron una ley inconstitucional, consagrando así una solución no ajustada al ordenamiento jurídico.

En esta misma línea crítica con esta forma de proceder del Tribunal Constitucional debe darse cuenta del bien matizado y ponderado voto particular que a la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1997, de 2 de octubre se formuló por parte de Jiménez de Parga, y al que se adhirió Mendizábal Allende, en el que, luego de indicarse que: “Apoyar una sentencia en un precepto legal que este tribunal ha declarado inconstitucional y nulo produce desazón, en el sentido de inquietud interior”; se declaró, entre otras precisiones de interés, que era preciso realizar al respecto una amplia interpretación del artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), de tal forma que:

Siempre que la ley aplicada para resolver un asunto “lesiona derechos fundamentales o libertades públicas” ha de concederse el amparo. La redacción clara y terminante del artículo 55.2 de la LOTC avala esta opinión: “En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas...”. El “porque”, incluido en el texto, es la conjunción causal que debe entenderse “por causa o razón de que”.

Añadiéndose que: “Con una interpretación restrictiva de la especificación ‘derechos fundamentales o libertades públicas’... la seguridad jurídica quedaría fuera del catálogo previsto en el artículo 55.2 de la LOTC”, lo que no parece admisible, puesto que “la seguridad jurídica en nuestra

Constitución es, por un lado, principio configurador o soporte estructural de la tutela judicial efectiva (derecho fundamental reconocido y protegido por el artículo 24.1 de la Constitución) y, por otro lado, el marco esencial de las libertades públicas, que los ciudadanos no disfrutaban cuando falta la seguridad jurídica”.

V. LA REACCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE UN ACTO LEGISLATIVO QUE HAYA SIDO DECLARADO INCONSTITUCIONAL

Así las cosas, la situación para el ciudadano se tornó en verdaderamente desoladora.

Afortunadamente, el Tribunal Supremo reaccionó contra ella, propiciando y posibilitando un camino para obtener la restitución de lo ingresado con infracción de lo establecido por la propia Constitución, al establecer al respecto que es factible el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial derivada de un acto legislativo que haya sido declarado inconstitucional, aun inclusive en el supuesto de que el proceso estuviese ya fenecido, añadiendo que la eficacia de la cosa juzgada no es obstáculo para el ejercicio de tal acción, lo que supone, en suma, el pleno reconocimiento de que, al existir un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, debe procederse a su reparación.

Incidentalmente, hay que señalar que, salvando las distancias, ello es algo similar a lo establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quien ha mantenido la doctrina de que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario que le son imputables, es inherente al sistema del tratado, que genera obligaciones a cargo de los Estados miembros, si bien para poder reconocer el derecho a indemnización es preciso, sin embargo, que se cumplan los tres requisitos siguientes: *a)* Que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; *b)* Que la violación esté suficientemente caracterizada, y *c)*

Que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.¹³

Los principales hitos en la línea antes mencionada han sido la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000, mediante la que se estimó el recurso en el supuesto de una persona que había agotado, contra la aplicación de referido gravamen complementario, todas las instancias posibles; la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2000, en la que se estimó otro recurso, en este caso de un empresario que había ingresado lo que en aplicación de la Ley 5/1990 le correspondía, pero que, a diferencia del caso anterior, no había recurrido previamente, ejercitando las oportunas acciones judiciales a su alcance; y, por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2000, en la que también se estimó otro recurso de similar naturaleza, y se aprovechó la ocasión para sistematizar la doctrina de las otras dos precedentes sentencias que se acaban de anotar.

a) Las circunstancias concurrentes en el litigio resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000 fueron que, previo agotamiento de la vía económico-administrativa, una entidad mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) el 30 de julio de 1994, sentencia que devino firme al inadmitirse la casación y desestimarse la queja contra dicha inadmisión.

El Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho, dictó sentencia el 31 de octubre de 1996 por la que se declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio. Y, por acuerdo del Consejo de Ministros del 12 de diciembre de 1997, se desestimó la reclamación de la parte interesada de que, a la vista del hecho anterior se reconociese su derecho a obtener el ingreso de las cantidades que había entregado a la hacienda pública, sobre la base de la no revisión de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, de acuerdo con lo esta-

13 Ilustrativas de esta tesis son, entre otras, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, As. C-392/93; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, As. C-5/94; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94; de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories, As. C-127/95; de 24 de septiembre de 1998, Brinkmann Tabakfabriken GmbH/ Skatteministeriet, As. C-319/96; de 4 de julio de 2000, Haim II, As. C-424/97; y de 18 de enero de 2001, Stockholm Lindöpark AB, As. C-150/99.

blecido por los artículos 40.1 de la LOTC y 158 de la Ley General Tributaria (LGT).

Enfrentado a esta cuestión, el Tribunal Supremo —luego de recordar que ya en su Sentencia de 11 de octubre de 1991 se había declarado que cuando la ley vulnera la Constitución el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar, de donde se desprendía que la responsabilidad del Estado-legislador puede tener origen en la inconstitucionalidad de la ley—, señaló que:

Por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido *a priori* en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.

Seguidamente, saliendo al paso de la principal objeción de que una declaración de inconstitucionalidad, como ya se ha dicho, no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada, ni siquiera en el caso, como aquí acaecía, de que antes de dictarse la decisión se hubiese aplicado una ley, luego declarada inconstitucional, afirmó, sin embargo, con toda rotundidad, que “la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia”, tras de lo cual concluyó declarando que concurrían en este supuesto todos los requisitos para que se declarase, como así se hizo, “la obligación de la administración del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la norma declarada inconstitucional”.¹⁴

b) El supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2000 fue similar al anterior, si bien con una significativa diferencia, ya que en este caso —a diferencia del precedente, en el que el recurrente había agotado, hasta donde le habían dejado, todos los recur-

¹⁴ Esta tesis ha sido la seguida, igualmente, por las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000, 13 de febrero de 2001 y 23 de octubre de 2001.

sos en pos del resarcimiento de sus pretensiones— estábamos en presencia de un empresario que había ingresado lo que le correspondía en aplicación de la tantas veces ya reiterada Ley 5/1990, pero que no había recurrido.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, tras recordar lo que ya había afirmado precedentemente, de que la acción de responsabilidad ejercitada era ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia, pues la sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, señaló que en este supuesto, y tal como ya se anotó en líneas anteriores, no había habido siquiera sentencia firme, pues los recurrentes consintieron las autoliquidaciones que presentaron siguiendo el mandato de la ley vigente, luego declarada inconstitucional, y cuando se puso de manifiesto el perjuicio causado, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley, hicieron uso de la oportuna acción de responsabilidad ante el Consejo de Ministros.

Esta circunstancia diferenciadora de ambos supuestos no conllevó, sin embargo, una distinta respuesta del Tribunal Supremo, toda vez que éste señaló al respecto, en su F. J. 8o.:

Que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear “de oficio o a instancia de parte” al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la LOTC).

Luego de lo cual añadió que:

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cues-

tión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.

Fruto de todo ello, fue que también en este caso se acogió la tesis de la obligación de la administración del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la norma que había sido declarada inconstitucional.

Importante también es precisar la forma en que en esta sentencia se soslayó la objeción de la eventual prescripción del derecho a reclamar los ingresos indebidos. A este respecto, en su F. J. 9o., se señaló:

El deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la ley declarada inconstitucional no puede tampoco deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos o para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto tributario de liquidación. En efecto, la reclamación presentada es ajena a dichos actos, en la medida en que no pretende la nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa. En materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cuyo régimen es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, rige exclusivamente el plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), y hoy por el artículo 139 de la LRJ-PAC. Este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la *actio nata* o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específi-

camente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las administraciones públicas.

En igual sentido, se manifestaron asimismo las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2001 —si bien en ella existe un voto particular debido al mismo ponente de la sentencia, en la que se afirma, en síntesis que no cabe aplicar aquí la doctrina mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000, porque mientras que en el supuesto por ella resuelto, el contribuyente había agotado todos los recursos a su alcance antes de plantear la demanda de responsabilidad patrimonial, en este concreto caso, por el contrario, el ciudadano no había recurrido, sino que se había aquietado, y no había formulado reclamación alguna contra el ingreso realizado, hasta que conoció la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996 en la que se declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio—,¹⁵ 16 de enero de 2001, también con voto particular en el mismo sentido que la anterior sentencia, 8 de marzo de 2001, 5 de julio de 2001, 18 de octubre de 2001 y 13 de diciembre de 2001.

c) Por último, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2000, en la que se estimó un recurso similar a los anteriores, se sistematizó la doctrina de las dos sentencias del Tribunal Supremo previamente citadas sobre esta materia.

En ella, luego de afirmarse que no parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por referida Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de manera que quienes lo efectuaron no tenían el

15 Se señaló, en concreto, en dicho voto particular, lo siguiente: “Siempre resultaría excluido el caso contemplado, en que la parte no hizo protesta alguna de disconformidad con el ingreso, no solicitó la devolución de ingresos indebidos y no formuló reclamación alguna, en vía administrativa ni jurisdiccional, hasta que tuvo conocimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, transcurrido largamente el plazo de cuatro años de prescripción de las deudas tributarias y del derecho al reintegro de los ingresos indebidos (artículo 64 LGT). Existe una discrepancia respecto a la sentencia precedente que no se justifica satisfactoriamente. En aquélla se pone énfasis en el hecho de que la parte recurrente agotó todos los recursos para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley a la que se imputa el perjuicio hasta obtener una sentencia firme desfavorable. En ésta de la que disiento no se reconoce relevancia a la ausencia de este requisito”.

deber de soportarlo, y de recordarse, con cita del criterio sustentado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2000 de que el hecho de no haberse agotado los recursos administrativos y jurisdiccionales para obtener la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de gravamen complementario no es obstáculo para considerar como antijurídico el daño causado y, por consiguiente, para ejercitar con éxito la acción por responsabilidad patrimonial derivada del acto inconstitucional del legislador, se señaló, como doctrina general, que:

En nuestro sistema legal, quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario, impuesto por el precepto declarado inconstitucional, *después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa*, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, *que ejercitar, como en este caso ha procedido la entidad demandante, una acción por responsabilidad patrimonial, derivada del acto del legislador, dentro del plazo fijado por la ley.*

Si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el artículo 102 de la LRJ-PAC, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes.¹⁶

16 En igual sentido se han pronunciado, igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2000, 27 de diciembre de 2000, 22 de enero de 2001, 23 de enero de 2001, 25 de enero de 2001, 3 de febrero de 2001, 19 de febrero de 2001, 22 de febrero de 2001, 2 de marzo de 2001, 3 de marzo de 2001, 19 de marzo de 2001, 29 de marzo de 2001, 24 de abril de 2001, 5 de junio de 2001, 3 de julio de 2001, 17 de julio de 2001, 23 de octubre de 2001, 25 de octubre de 2001, 27 de octubre de 2001, 30 de octubre de 2001, 24 de enero de 2002, 20 de febrero de 2002, 25 de febrero de 2002 y 18 de abril de 2002. Fruto de la doctrina sustentada en todos estos pronunciamientos jurisdiccionales ha sido la promulgación de la Ley 9/2002, de 24 de abril, de concesión de un crédito extraordinario de 26 millones de euros para el pago de sentencias derivadas

VI. LA RATIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL
SUPREMO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
EN SU SENTENCIA *DANGEVILLE* DE 16 DE ABRIL DE 2002

Confirmando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo español puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 2a.), de 16 de abril de 2002, que resolvió la demanda núm. 36677/1997, en el asunto S A Dangeville contra Francia.

El hecho que dio origen al litigio fue que la actividad comercial de la demandante fue sometida al IVA, en aplicación del Código General de Impuestos en su redacción vigente hasta el 31 de diciembre de 1978; la demandante tuvo que pagar por este concepto, por sus operaciones de 1978, un impuesto de 292.816 francos franceses (FRF).

Las disposiciones de la 6a. Directiva del Consejo de la Comunidad europea, de 17 de mayo de 1977, en materia de IVA, en su artículo 13.B.a) exoneraba “las operaciones de seguros y reaseguros, incluidas las prestaciones de servicios correspondientes a dichas operaciones efectuadas por los corredores e intermediarios de seguros”, debiendo entrar en vigor este mandato el 1o. de enero de 1978.

El 30 de junio de 1978, el Estado francés recibió notificación de la Novena Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, fechada el 26 de junio de 1978, que concedía a Francia un plazo complementario para la ejecución de las disposiciones del citado artículo 13.B.a) de la 6a. Directiva de 1977, a saber, hasta el 1o. de enero de 1979. No obstante lo anterior, al no tener carácter retroactivo, la 6a. Directiva debía aplicarse del 1o. de enero al 30 de junio de 1978.

La demandante, basándose en el texto de la 6a. Directiva, solicitó la devolución del impuesto, que ella consideraba pagado indebidamente, por el periodo del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1978, al no tener la 9a. Directiva carácter retroactivo, e invocó, asimismo, la responsabilidad del Estado que, al no haber aplicado al derecho francés la 6a. Directiva en los plazos previstos por ésta, había cometido una falta que le causaba un perjuicio equivalente al montante del impuesto pagado. Por todo esto, solicitó la devolución del impuesto abonado o, al menos, de la suma co-

rrespondiente al periodo del 1o. de enero de 1978 hasta la fecha de entrada en vigor de la directiva.

Enfrentado a esta cuestión, en la referida Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002 se declaró que el Estado francés había violado el artículo 1o. del Protocolo núm. 1, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como consecuencia de haberse negado a indemnizar a susodicha sociedad que, en su momento, había ingresado el IVA conforme a la legislación interna, siendo así que ésta era incompatible con el derecho comunitario.¹⁷

Al haber sido ratificado por España, con fecha 2 de noviembre de 1990, el referido Protocolo núm. 1, la doctrina de esta sentencia es inmediatamente aplicable en territorio español, por lo que, en suma, la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador se puede utilizar para obtener el resarcimiento de los impuestos abonados de acuerdo con una ley interna que, posteriormente, sea declarada incompatible con el ordenamiento comunitario, sin que represente obstáculo para ello la existencia de un sentencia con eficacia de cosa juzgada, tal como ocurría en el asunto *Dangeville*; siendo esta doctrina plenamente trasladable a los ingresos realizados en virtud de una ley que posteriormente se declare inconstitucional, puesto que también en estos casos existe un crédito frente al Estado que no puede desconocerse.



¹⁷ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en esta Sentencia de 16 de abril de 2002, estimó que la demandante tenía un crédito contra el Estado debido al IVA indebidamente pagado por el periodo del 1o. de enero al 30 de junio de 1978, y que un crédito de este tipo “debía considerarse un valor patrimonial” y, por lo tanto, tenía el carácter de un “bien” en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo núm. 1, el cual era pues aplicable al caso (véase concretamente Sentencia Pressos Compañía Naviera, SA y otros). En cualquier caso, señaló el tribunal, la demandante tenía al menos una esperanza legítima de poder obtener el reembolso de la suma enjuiciada (Sentencia Pine Valley Developments Ltd. y otros contra Irlanda, de 29 de noviembre de 1991).

