

«Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional

José María Rodríguez de Santiago

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid.

RESUMEN:

Este trabajo comienza con un análisis crítico de la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual para reclamar responsabilidad del Estado legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley no es exigible haber impugnado los actos de aplicación de esa ley. A partir de ahí se llega a la conclusión de que la solución correcta en los casos que se examinan no era la de facilitar los requisitos de la acción de responsabilidad del Derecho europeo para asimilarlos a los de la acción de Derecho interno, sino, al contrario, como resultado de un verdadero diálogo entre Tribunales sobre el fondo de las cuestiones, la de asimilar los requisitos de la acción de Derecho interno a los más exigentes de la acción de Derecho comunitario.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario, responsabilidad del Estado legislador derivada de ley inconstitucional, principio de equivalencia, tutela primaria y tutela secundaria.

Keywords: Liability of State legislature for the breach of European law, liability of State legislature for unconstitutional law, principle of equivalence, primary and secondary protection.

ABSTRACT

This paper commences with a critical analysis of the Supreme Court doctrine according to which acts of enforcement of a specific law are not required to have been previously challenged in order to claim liability (damages) of State legislature that is derived from a subsequent declaration of the unconstitutionality of this law. Bearing this in mind, the conclusion reached in this paper, in the cases under consideration, is that the right solution would have been not to relax the austerity of European law requirements as regards State liability action in order to assimilate them into the internal law stipulations for the same action but rather, by means of a genuine dialogue between the courts on the substance of the issues involved, to adapt the national law requirements of the liability action to the more demanding conditions of European law.

Fecha recepción original: 22 de febrero de 2011

Fecha aceptación: 2 de marzo de 2011

SUMARIO

1. DOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: «TRANSPORTES URBANOS» (STJ DE 26 DE ENERO DE 2010 Y STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2010) Y «SALARIOS DE TRAMITACIÓN» (STS DE 2 DE JUNIO DE 2010)
 2. CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INEXIGIBILIDAD DEL REQUISITO DE HABER IMPUGNADO LOS ACTOS DICTADOS EN APLICACIÓN DE LA LEY INCONSTITUCIONAL PARA PEDIR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR AQUÉLLA
 3. LA IDEA DE LA PROTECCIÓN *PRIMARIA* Y DE LA PROTECCIÓN *SECUNDARIA* FRENTE A LA ACTUACIÓN ESTATAL CONTRARIA A DERECHO
 4. UNA RELECTURA DEL ART. 40.1 LOTC A LA LUZ DE LAS IDEAS DE PROTECCIÓN PRIMARIA Y PROTECCIÓN SECUNDARIA
 5. EL FUTURO PROBABLE: NO SOLO DESAPARECE EL REQUISITO DE HABER INTENTADO LA PROTECCIÓN PRIMARIA, SINO QUE SE «IGUALAN POR ABAJO» TODOS LOS REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
 6. LA NECESIDAD DE RECONSTRUIR LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR DERIVADA DE LEY INCONSTITUCIONAL
 7. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL O DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DELIMITAR LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y, EN SU CASO, PARA ADMITIR EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA LEY INCONSTITUCIONAL
 8. CONCLUSIÓN
 9. BIBLIOGRAFÍA CITADA
-

1. DOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: «TRANSPORTES URBANOS» (STJ DE 26 DE ENERO DE 2010 Y STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2010) Y «SALARIOS DE TRAMITACIÓN» (STS DE 2 DE JUNIO DE 2010)

El caso conocido como «Transportes Urbanos» ha suscitado un notable interés en la doctrina del Derecho público¹ desde que el Tribunal Supremo dictó el Auto de 1 de febrero de 2008 (en el recurso núm. 153/2007) y es, a estas alturas, suficientemente conocido. En síntesis: a esa empresa se le había aplicado la ley española reguladora del IVA (en los ejercicios 1999-2000), ley que fue declarada contraria a la Sexta Directiva reguladora de ese impuesto por STJ de 6 de octubre de 2005 (C-204/2003), por impedir el derecho a la deducción más allá de lo que permitía la norma comunitaria; la empresa no recurrió de ninguna manera el cobro del impuesto, pero, una vez que el Tribunal de Justicia dictó la sentencia citada, dirigió al Consejo de Ministros una reclamación por los daños causados por la ley española contraria al Derecho comunitario, reclamación que fue denegada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo (núm. 153/2007), este órgano judicial plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, para someter a su consideración si es compatible con el principio comunitario de equivalencia (según el cual no se puede someter la acción de responsabilidad derivada del Derecho de la Unión a requisitos de forma y de fondo más restrictivos que los aplicables a acciones similares de Derecho nacional) que, para reconocer el derecho a la indemnización, se exigiera a

¹ Vid. María Consuelo ALONSO GARCÍA, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. (Reflexiones al hilo de la Sentencia del TJCE de 26 de enero de 2010)», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 12 (2010), pp. 74 y ss.; Ricardo ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en especial, en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 19 (2009), pp. 175 y ss.; Fulvio CORTESE, «Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integraziones europea», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 1304 y ss.; José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 26 January 2010», *Common Market Law Review*, núm. 47 (2010-6), pp. 1847-1870; Carmen PLAZA, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence: Going too far in *Transportes Urbanos*?», *Review of European Administrative Law*, vol. 3, núm 2 (2010), pp. 27 y ss.; José Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO, «La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las leyes internas que infringen el Derecho comunitario», *Actualidad Administrativa*, núm. 2 (2011), pp. 3 y ss.

«Transportes Urbanos y Servicios Generales, S. A. L.» que se hubiera defendido directamente contra el cobro excesivo del impuesto, porque, para las acciones de responsabilidad del Estado derivada de ley contraria a la Constitución (así declarada por el Tribunal Constitucional), la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige ese requisito. También formula el Tribunal Supremo una confusa pregunta relativa al principio de efectividad, que podemos dejar aquí de lado (y que tampoco fue respondida por el Tribunal de Justicia).

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de enero de 2010 (C-118/08) resolvió que, en efecto, era contrario al principio europeo de equivalencia exigir, para que el Estado responda por incumplimiento del Derecho comunitario, que se hubiera recurrido contra la aplicación de la ley contraria al Derecho europeo, cuando este requisito no se exige para la reclamación por los daños derivados de la aplicación de una ley que ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Resuelta la cuestión prejudicial, se dictó la STS de 17 de septiembre de 2010 (recurso núm. 153/2007), en la que, tras la exposición detallada de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la aplicación de una ley declarada inconstitucional, se condena al Estado a indemnizar a «Transportes Urbanos» en la cantidad de 1.228.366 € (más los intereses).

Entre la fecha de la Sentencia del Tribunal de Justicia que resolvió la cuestión prejudicial (26.1.2010) y la del Tribunal Supremo que resolvió el asunto principal (17.9.2010), este último órgano judicial dictó otra relevante resolución (STS de 2 de junio, recurso núm. 588/2008) en la que, precisamente, se intenta fijar con carácter definitivo (por lo que el recurso fue sometido al conocimiento del Pleno de la Sala Tercera) la doctrina sobre uno de los dos términos que se comparan por exigencia del mencionado principio de equivalencia: la de la responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de la aplicación de una ley declarada inconstitucional. En lo sustancial, se confirma la doctrina creada en el año 2000, con ocasión de los asuntos conocidos como de las «máquinas tragaperras»²: declaración universal de una inexistencia del deber jurídico de soportar los daños causados por la aplicación de la ley que, después, se declara inconstitucional e inexigibilidad de que quien reclama la indemnización por daños se hubiera dirigido contra la aplicación de la ley invocando su posible inconstitucionalidad.

Denominaremos este caso en el presente trabajo como el asunto «salarios de tramitación». Por Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, se suprimió la partida correspondiente a estos salarios en la indemnización prevista para el despido improcedente. La posterior Ley 45/2002, de 12 de diciembre,

² *Vid.*, entre las primeras, por ejemplo, STS de 13 de junio de 2000, recurso núm. 567/1998.

que –conforme a lo regulado en el art. 86.3 CE– sustituyó y derogó el Decreto-ley, sin embargo, volvió a incluir ese concepto en la regulación de la indemnización por despido improcedente. El Decreto-ley 5/2002 fue declarado inconstitucional, casi cinco años más tarde, por la STC 68/2007, de 28 de marzo. El Tribunal Constitucional consideró que no concurría en este supuesto el caso de «extraordinaria y urgente necesidad» que autoriza al Gobierno a utilizar esa forma normativa (art. 86.1 CE). Nótese que no declara la sentencia constitucional mencionada la vulneración de ninguna norma constitucional que reconozca derechos, sino puro Derecho constitucional *objetivo*, si se permite la expresión.

Pues bien, un trabajador al que, por la fecha de su despido, se le había aplicado la regulación del Decreto-ley (y que no consta que hubiera invocado en ningún momento la eventual inconstitucionalidad de esa norma legal) formuló, después de la declaración de inconstitucionalidad, reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de ley contraria a la Constitución ante el Consejo de Ministros. Denegada la indemnización en vía administrativa, se interpuso recurso contencioso-administrativo (núm. 588/2008), que fue estimado por la citada STS de 2 de junio de 2010, que condenó al Estado a pagar al recurrente los 7.000 € (más los intereses) dejados de percibir por su despido.

La sentencia obtuvo la mayoría de los votos de los Magistrados de la Sala Tercera, pero –a mi juicio– el calado de los argumentos de los seis votos particulares formulados contra la decisión mayoritaria –de los que se dará cuenta más adelante–, que no cuestionan aspectos de matiz de la decisión, sino sus mismas bases, permite dudar –en mi opinión– de que la línea jurisprudencial en la que esta resolución se sitúa esté firmemente asentada.

En lo que sigue, en primer lugar, va a dirigirse la crítica contra la argumentación que sirve de base al concreto aspecto sobre el que se formuló la pregunta dirigida al Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial del asunto «Transportes Urbanos»: la inexigibilidad del requisito de haber impugnado los actos dictados en aplicación de la ley inconstitucional para pedir responsabilidad del Estado por los daños causados por aquella; requisito que, sin embargo, sí que se había considerado como determinante de la viabilidad de una reclamación por responsabilidad del Estado legislador si lo que la ley había vulnerado era el Derecho comunitario.

Y, a continuación, se va a formular una propuesta de reconsideración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de ley inconstitucional, con ayuda de la idea de la protección *primaria* y de la protección *secundaria* frente a la actuación estatal contraria a Derecho y mediante el contraste de aquella doctrina con los requisitos perfilados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la obligación de los Estados miembros de indemnizar por daños derivados del incumplimiento estatal del Derecho de la Unión.

La conclusión será que, en mi opinión, la solución correcta no era la de

facilitar los requisitos de la acción de responsabilidad del Derecho europeo para asimilarlos a los de la acción de Derecho interno, sino, al contrario, como resultado de un verdadero diálogo entre Tribunales sobre el fondo de las cuestiones, la de asimilar los requisitos de la acción de Derecho interno a los más exigentes de la acción de Derecho comunitario.

2. CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INEXIGIBILIDAD DEL REQUISITO DE HABER IMPUGNADO LOS ACTOS DICTADOS EN APLICACIÓN DE LA LEY INCONSTITUCIONAL PARA PEDIR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR AQUÉLLA

Carece de fundamento sólido –en mi opinión– la argumentación con la que el Tribunal Supremo ha justificado desde hace años³ la inexigibilidad del

³ Puede verse, por ejemplo, la citada STS de 13 de junio de 2000, «máquinas tragape-ras», recurso núm. 567/1998, FdD 8; el ATS de 1 de febrero de 2008, recurso núm. 153/2007 (por el que se plantea la cuestión prejudicial en el asunto «Transportes Urbanos»), 2 («marco jurídico nacional»); y la STS de 17 de septiembre de 2010, «Transportes urba-nos», recurso núm. 153/2007, FdD 6. Creo que merece la pena transcribir aquí la argu-mentación completa: «Esta Sala estima 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 esta es inconstitucio-nal. 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 actua-ción administrativa. Es solo el Tribunal el que tiene facultades para plantear, “de oficio o a instancia de parte”, al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (art. 35 LOTC). La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitu-cional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el Tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo ab-surdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcio-nada y, por ello, inaceptable. Esta doctrina no es trasladable a los supuestos en que una norma (...) es contraria a la legislación europea, ya que tal contradicción es directamente invocable ante los Tribunales españoles y, por tanto, la recurrente pudo recurrir en vía administrativa, primero, y en vía contenciosa, después, (...) y tanto la Administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordena-miento comunitario. La recurrente, en este caso (...) sí era titular de la acción para invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario, que debía ser aplicado directamente por los Tribunales nacionales, incluso cuando no hubiese sido invocado expresamente. Por tanto, la doctrina del acto firme y consentido, unida al principio de seguridad jurídica, justifica en este caso (...) la desestimación de la pretensión indemnizatoria, ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado (...)».

requisito de haber impugnado los actos dictados en aplicación de la ley inconstitucional para pedir responsabilidad del Estado por los daños causados por aquella; requisito que, sin embargo, sí que se ha considerado como determinante de la viabilidad de una reclamación por responsabilidad del Estado legislador si lo que la ley había vulnerado era el Derecho comunitario. Yo observo en este punto una exageración forzada de las diferencias existentes entre ambos supuestos, que se vale de recursos retóricos, pero que no resiste un análisis crítico mínimamente reflexivo⁴.

Si aquello frente a lo que el ciudadano debe reaccionar es el acto de aplicación de una ley inconstitucional, todo parecen ser para el Tribunal Supremo dificultades inexigibles. Si aquello frente a lo que el particular debe defenderse es la aplicación de una ley contraria al Derecho comunitario, por el contrario, se pone el acento en la supuesta facilidad con la que podrá pedirse la protección administrativa y judicial de la situación jurídica individual.

En el primer caso, los actos administrativos gozarían de una «presunción de legitimidad» derivada de la «presunción de constitucionalidad de la ley»; los particulares no son, además, «titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley», por lo que no sería razonable imponer la carga de recurrir «primero en vía administrativa (...) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y recursos si fuera menester»; esta carga se considera absurda e inaceptable y se dice que daría lugar a una litigiosidad que se juzga como desproporcionada. Frente a ello, en el caso de la aplicación de leyes contrarias al Derecho comunitario, el recurrente sí sería «titular de la acción para invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario», que debe ser aplicado de oficio por los órganos tanto administrativos como judiciales, previa inaplicación, en su caso, de la ley nacional. Aquí de la «litigiosidad» no se dice nada.

Creo que esta argumentación del Tribunal Supremo exagera injustificadamente las diferencias entre los dos casos para llegar de forma voluntarista a la decisión de que en un caso la carga de recurrir no es exigible, por ser desproporcionada; y en el otro, por el contrario, no es desproporcionada y, por tanto, debe exigirse.

Si se reflexiona con algo de detenimiento, puede caerse en la cuenta de que, para el recurrente, la carga de defenderse frente a un acto que se considera contrario a la Constitución o al Derecho comunitario es *objetivamente* la misma: agotar primero la vía administrativa y, después, impugnarlo a través del proceso contencioso-administrativo. Es, en definitiva, lo mismo que hay que hacer cuando un ciudadano quiere pedir protección judicial

⁴ También cuestiona la realidad de esas diferencias, con argumentos en parte distintos a los del texto, el Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones sobre el caso «Transportes Urbanos» (C-118/08), ap. 31-39. Agradezco esta indicación a Víctor FERRERES COMELLA, que leyó amablemente el original de este trabajo.

frente a cualquier acto administrativo que estima contrario a Derecho. Otra cosa es que *subjetivamente* las expectativas de éxito de la acción pudieran ser distintas en el supuesto de la impugnación del acto contrario a la Constitución y en el de la contrariedad con respecto al Derecho de la Unión. Pero tampoco esto está claro.

Las normas de contraste del Derecho de la Unión –con las que debe formularse el juicio de compatibilidad o contrariedad de la ley– pueden tener la misma estructura abierta que es típica –pero solo típica– de las normas constitucionales; y los problemas de argumentación jurídica para llegar a un resultado en el enjuiciamiento de la ley también pueden ser, en uno y otro caso, igualmente complejos y discutibles. Me parece que lo más correcto que puede decirse sobre esta cuestión de las expectativas de éxito de la acción es, simplemente, que las vulneraciones del Derecho de la Unión y las vulneraciones de la Constitución que sean muy claras tendrán muchas posibilidades de conducir al éxito de la pretensión de defensa; y las que sean menos claras tendrán menos posibilidades.

Es cierto en la argumentación del Tribunal Supremo que, en el supuesto de impugnación de un acto dictado en aplicación de una ley contraria al Derecho europeo, el órgano administrativo⁵ y los judiciales que conozcan de los recursos interpuestos pueden por sí mismos acceder a la pretensión del recurrente, mediante la aplicación directa del Derecho comunitario y la inaplicación de la ley nacional. Pero la realidad es que un órgano judicial únicamente dará ese paso sin acudir a la intervención del juez comunitario en el supuesto de que el parámetro de control del Derecho comunitario no suscite dudas, caso que puede no ser muy frecuente⁶.

También es cierto en la argumentación que aquí se critica que, si la protección judicial se busca, en cambio, frente a un acto de aplicación de una ley inconstitucional, el órgano competente debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando considere que debe inaplicar la ley por vulnerar la Constitución. Pero es que plantear la cuestión de inconstitucionalidad, precisamente, *no es una carga del recurrente*, sino una facultad del órgano judicial, que, por otra parte, puede ejercitarse «a instancia de parte» (art. 35.1 LOTC).

Debe repararse en que no se trata de exigir que para pedir responsabilidad del Estado legislador derivada de ley inconstitucional deba «triunfar» el recurrente en su pretensión de que se declare inconstitucional la ley. De hecho, si el recurrente obtiene en el proceso por él promovido la declaración de inconstitucionalidad de la ley, no habrá lugar a la protección *secundaria*

⁵ Sobre las dudas que suscita la aplicabilidad de la doctrina Costanzo [STJ de 22 de junio de 1989 (C-103/1988)] –inaplicación de la ley nacional y aplicación directa del Derecho comunitario por decisión de un órgano administrativo– *vid.*, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad...», pp. 182-183; y el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el Derecho español, de 14 de febrero de 2008, parte primera, V, 1.2 b).

⁶ R. ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad...», p. 183.

consistente en obtener una indemnización por los daños causados por la ley inconstitucional, sino que verá protegida su situación jurídica *primariamente*, mediante la eliminación del acto contrario a la Constitución que atacó sus derechos o intereses.

Se trata, más bien, solo de exigir que, para que se pueda pedir la indemnización por responsabilidad (protección secundaria), se haya intentado la protección primaria en su momento. Se trata de exigir que, para reconocer el derecho a una indemnización como tutela secundaria, el ciudadano haya sido consciente de que se estaba interviniendo en su situación jurídica de una forma no permitida por la Constitución y haya intentado evitarlo. Se trata de aceptar que los efectos de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley –entre otros, el de la obtención de una indemnización por su indebida aplicación– solo deben «beneficiar al ciudadano activo, que hizo valer en tiempo su derecho»⁷. Se trata de aceptar, en fin, que no merece la indemnización el *free rider* que obtendría beneficios de la lucha por el Derecho (y por el derecho) de otros, sin haber actuado en defensa del suyo.

Dice el Tribunal Supremo que no se puede exigir que, para pedir una indemnización del Estado legislador derivada de ley inconstitucional, quien sufrió la aplicación de esta recurriera los actos administrativos «agotando todas las instancias y recursos si fuera menester» en su petición al órgano judicial del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Pues, a lo mejor, no hace falta exigir que se agotaran todas las instancias y recursos (tampoco hay tantas instancias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo). Quizás pueda moderarse la carga de recurrir: que se considere bastante, por ejemplo, haber interpuesto un recurso judicial con la petición de que se planteara la cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que no debe hacerse es permitir que obtenga una indemnización por responsabilidad del Estado legislador quien quizás ni siquiera fue consciente de que se le estuviera causando un daño contrario a la Constitución; o quien sí fue consciente, pero no hizo nada por evitarlo o, lo que es lo mismo, consintió el daño.

Con esto se llega a la cuestión de la «litigiosidad desproporcionada» que derivaría de la exigencia de haber recurrido en su momento para pedir, después, una indemnización; y que el Tribunal Supremo considera «inaceptable». Aparte de que sea gratuito calificar como «desproporcionado» el intento de defenderse de la aplicación de un acto con el argumento de que este es inconstitucional, me parece evidente que lo que verdaderamente

⁷ Así, aunque sin hacer referencia directamente a la cuestión de la indemnización, JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «Qué hacer con la ley inconstitucional», *La Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22: «Esto vale, por de pronto, para limitar (...) el alcance de la “retroacción” que pueda deparar la anulación de la ley, retroacción que, por simplificar ahora, solo debiera beneficiar al ciudadano activo, que hizo valer en tiempo su derecho (STC 45/89/11 y, en la misma línea, SSTC 146, 178 y 195/94)».

puede dar lugar a avalanchas de procesos judiciales es la alegre aceptación de que todos puedan pedir responsabilidad por la ley que ha sido declarada inconstitucional (piénsese en la jurisprudencia de los casos conocidos como de las «máquinas tragaperras»), sin limitar esa posibilidad solo para quien la puede merecer por haber sido diligente en la defensa de sus derechos.

3. LA IDEA DE LA PROTECCIÓN PRIMARIA Y DE LA PROTECCIÓN SECUNDARIA FRENTE A LA ACTUACIÓN ESTATAL CONTRARIA A DERECHO

La crítica que se está formulando a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inexigibilidad del requisito de haber impugnado los actos dictados en aplicación de la ley inconstitucional para pedir responsabilidad del Estado por los daños causados por aquella adquiere un marco sistemático si se trae a colación la idea de la protección primaria y de la protección secundaria frente a la actuación estatal contraria a Derecho.

El principio –propio del Estado de Derecho– de que toda la actuación del poder público debe someterse al ordenamiento jurídico (*vid.*, para el Estado en sentido amplio, art. 9.1 CE; y, en concreto, para la Administración, art. 103.1 CE) exige prever vías de reacción para los casos –que, evidentemente, no pueden excluirse *a priori*– en que aquella actuación se separe de lo que manda el Derecho que la vincula. Frente a estos supuestos de vulneración del ordenamiento jurídico, la reacción dirigida al restablecimiento del Derecho (en la medida de lo que sea posible) se sitúa en tres planos: en uno primero, la reacción ha de consistir –siempre que ello sea factible– en la *eliminación* de la propia actuación antijurídica (por ejemplo, mediante la anulación judicial de un acto administrativo ilegal); si esto no es suficiente para suprimir todas las consecuencias de la actuación ilegal, la reacción ofrecida por el ordenamiento debe dirigirse, en un segundo plano, al *restablecimiento* (otra vez, en la medida de lo que se pueda) *in natura* de las cosas a la situación anterior a la infracción del Derecho. Por último, en un tercer plano, cuando no es posible la restitución *in natura*, debe recurrirse a la institución de la *indemnización por los daños*⁸.

La reacción que pretende que mediante el recurso a los órganos judiciales se elimine la actuación estatal ilegal y se restablezca el Derecho *in natura* puede denominarse protección jurisdiccional *primaria*. La que, fracasada esta, tiene que contentarse con perseguir la compensación *a posteriori* de los daños que no han podido eliminarse, es, en consecuencia, una protección jurisdiccional *secundaria*⁹. Existe una relación de *preferencia y subsidiariedad*

⁸ Así, Martin MORLOK, «Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln», en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y VOSSKUHLÉ (dirs.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo III, Múnich, 2009, pp. 1013-1014.

⁹ Sobre el concepto de la protección primaria y la secundaria y sobre la preferencia de la primera y la subsidiariedad de la segunda, en la doctrina alemana, puede verse Wilfried ERBGUTH, «Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 61, Berlín, 2002, pp. 221 y

entre la protección jurídica primaria y la secundaria¹⁰. Quien ve afectada su situación jurídica por una actuación estatal contraria a Derecho tiene la carga de tratar, en primer lugar, de eliminar esa actuación. El ciudadano no debe contemplar cómo se le causa un daño por el Estado sin reaccionar contra su causa. La protección jurídica primaria, también desde la perspectiva económica, es más eficaz, porque evita antes las consecuencias del daño. La mencionada relación de subsidiariedad (según la cual solo se dará la tutela secundaria si antes se ha intentado la primaria y esta ha fracasado) supone la ruptura con la regla de lo que en el Derecho público alemán se conoce como *dulde und liquidiere*: no es aceptable consentir el daño para después pedir que se indemnice por él.

En el sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario, por ejemplo, esta idea de la exigencia de haber intentado la defensa primaria de la situación individual antes de pedir la indemnización por daños parece que se ubica sistemáticamente en el tercero de los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido para que triunfe una pretensión indemnizatoria de este tipo: la relación de causalidad. Quien no reaccionó diligentemente procurando una tutela primaria de su situación jurídica se entiende –en principio– que consintió el daño, que se hizo *co-culpable*, y que pierde el derecho a reclamar por no ser merecedor de la reparación económica *a posteriori*¹¹.

Desde luego, la idea de la preferencia de la protección primaria y la subsidiariedad de la secundaria también está presente en nuestro sistema de control judicial del poder público¹². Sobre ese trasfondo cobra sentido, por ejemplo, la regulación de las pretensiones en la jurisdicción contencioso-administrativa, con su esquema de 1) eliminación de la actuación contraria a Derecho, 2) restablecimiento de la situación jurídica e 3) indemnización por daños: «declaración de no ser conformes a Derecho» un acto, una dis-

ss.; Fritz OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 5ª ed., Múnich, 1998, pp. 1-2; Hartmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., Múnich, 2009, pp. 648, 705, 744-747; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, tomo 2, 6ª ed., Múnich, 2000, § 66, marginales 1-2. La distinción entre la tutela primaria y la secundaria es análoga a la que, con otra terminología, se hace entre *reintegración de derechos* y *resarcimiento de daños*. Me llama la atención sobre ello Luis MEDINA ALCOZ, que leyó el original de este trabajo y me formuló una extensa crítica que no he podido tener en cuenta aquí suficientemente.

¹⁰ Creo que sería posible matizar algo más esta relación de preferencia y subsidiariedad. Silvia Díez SASTRE –a quien agradezco que leyera el original de este trabajo– me destaca que la tutela primaria y la secundaria son sistemas de protección «complementarios y que tienen una dinámica de funcionamiento independiente».

¹¹ Vid. STJ de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C 48/93: «según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola» (ap. 85).

¹² Así, Ana DE MARCOS, *El sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos en la Constitución española de 1978*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2004, tomo 2, pp. 219 y ss., *passim*.

posición o una actuación material, «anulación de los actos y disposiciones», «reconocimiento de una situación jurídica individualizada» y adopción de las medidas adecuadas para «el pleno restablecimiento de la misma»; y, finalmente, «la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda» (*vid.* arts. 31 y 32.2 LJCA; y, en sentido análogo, para el recurso de amparo constitucional, art. 55 LOTC).

Lo que ha sucedido en nuestro Derecho es que la evolución en España de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2 CE) ha llevado a que se pierda, en buena parte, esta idea de la responsabilidad como protección secundaria para compensar por la actuación ilegal de la Administración. La regulación de la institución desde hace décadas (desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 hasta la regulación vigente en los arts. 139 y ss. LRJPAC) ha quitado el acento de la cuestión relativa a la *ilegalidad* de la actuación administrativa –y a la necesidad de defenderse frente a ella– y lo ha puesto solo en la pregunta (de respuesta sumamente imprevisible e insegura) relativa a *qué deber jurídico tiene el ciudadano de soportar los daños* que derivan de la actuación administrativa (con independencia de que esta sea legal o ilegal: «normal» o «anormal» es la terminología que suele emplearse en este ámbito). «Se desplaza el fundamento de la responsabilidad del *carácter* de la actuación al *efecto* que causa en el patrimonio del afectado; la *antijuridicidad* que determina la obligación de resarcir no se imputa a la *actuación* que causa el daño, sino a *los efectos* que produce en el patrimonio del afectado»¹³.

Eso seguramente explica que la pregunta clave para el Tribunal Supremo (que, como se verá, de forma –a mi juicio– gravemente injustificada, aplica a la responsabilidad del legislador el régimen de la responsabilidad de la Administración) sea si el particular tiene el «deber jurídico de soportar el daño» derivado de una ley inconstitucional (ante la que la tentación de la respuesta negativa es muy fuerte), sin prestar la atención necesaria a la cuestión de si el particular intentó atacar en su origen la actuación antijurídica del Estado.

4. UNA RELECTURA DEL ART. 40.1 LOTC A LA LUZ DE LAS IDEAS DE PROTECCIÓN PRIMARIA Y PROTECCIÓN SECUNDARIA

Una de las cuestiones más controvertidas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad del Estado legislador derivada de ley inconstitucional es la que se refiere a si el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños causados por la aplicación de la ley es compatible o no con la inmodificabilidad de las situaciones jurídicas declaradas por sentencia con fuerza de cosa juzgada que, con excepciones que ahora no vienen al caso, dispone el art. 40.1 LOTC, al regular los efectos de la sentencia constitucional declaratoria de la inconstitucionalidad de una

¹³ DE MARCOS, *El sistema...*, tomo 2, p. 161.

ley. Es de sobra conocido que el Tribunal Constitucional ha extendido muchas veces ese mandato de inmodificabilidad a las situaciones declaradas por acto administrativo firme¹⁴. En mi opinión, la idea de la protección primaria y la secundaria aporta algún criterio útil para la interpretación de este precepto.

Que la declaración de inconstitucionalidad de la ley no vaya a afectar a las situaciones declaradas por acto jurídico firme significa tanto como que para esas situaciones no se va a dar ya protección primaria: la situación jurídica –aunque contraria a Derecho– se va a respetar en el estado en el que quedó fijada por acto firme; no va a haber ni eliminación de ese acto jurídico, ni modificación de la situación jurídica declarada en él para restablecer el estado de cosas anterior al de la actuación estatal contraria a Derecho. En definitiva, el art. 40.1 LOTC establece que no se puede ya otorgar protección jurídica *primaria* en los casos en los que la situación jurídica está amparada por un acto firme.

Pero sobre lo que no se pronuncia este precepto es sobre la protección secundaria. Si hay o no hay responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños causados por la ley inconstitucional es algo distinto al objeto de la regulación expresa del art. 40.1 LOTC. Estoy de acuerdo, en principio, con la afirmación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que «la acción de responsabilidad patrimonial es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, y que dota por tanto de sustantividad propia a dicha acción»¹⁵. En los términos en los que aquí se está hablando, esto quiere decir: «la tutela secundaria es distinta de la tutela primaria»; puede no tocarse la situación jurídica que ya es inmodificable por estar amparada por un acto jurídico firme, pero sí concederse una indemnización compensatoria por los daños causados, como reparación subsidiaria derivada de que la seguridad jurídica impide que siempre pueda darse marcha atrás en la configuración de las situaciones jurídicas.

Esto es, al fin y al cabo, lo mismo que declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Köbler¹⁶, cuando argumentó que se puede condenar al Estado miembro a indemnizar los daños derivados del incumplimiento del Derecho comunitario por una sentencia dictada en la última instancia judicial de cada sistema jurisdiccional nacional sin afectar a la santidad de la cosa juzgada causada por esa sentencia. Y esto es, también, lo mismo que constituye regla tradicional de nuestro Derecho público: la declaración de nulidad de una norma (reglamentaria) no afecta a situaciones consolidadas por esa fuerza del acto firme, pero la inmodificabilidad de dichas situaciones tampoco impide la indemnización por los daños [art.

¹⁴ Por primera vez, de forma expresa, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

¹⁵ SSTs de 13 de junio de 2000, «máquinas tragaperras», recurso núm. 567/1998, FdD 7; de 2 de junio de 2010, «salarios de tramitación», recurso núm. 588/2008, FdD 7; de 17 de septiembre de 2010, «Transportes Urbanos», recurso núm. 153/2007, FdD 6.

¹⁶ STJ de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, ap. 37-40.

102.4 LRJPAC; y arts. 71.1 d) y 73 LJCA en relación con el art. 142.4 LRJPAC].

La vía argumentativa para resolver sobre el derecho a la indemnización no pasa –a mi juicio– por el análisis teórico-conceptual de qué es la cosa juzgada¹⁷, ni por el planteamiento teórico-dogmático de si la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*. La clave de la cuestión es resolver, conforme a *principios valorativos correctos propios del Derecho público de daños*, quién *merece* la protección secundaria (quién tiene derecho a recibir una indemnización por los perjuicios causados contra Derecho), dado que la protección primaria –la marcha atrás en la configuración definitiva de la situación jurídica– está excluida como consecuencia de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Y en este punto es necesario –en mi opinión– volver a corregir, ahora con un matiz, la doctrina del Tribunal Supremo: «la acción de responsabilidad patrimonial es *ajena* al ámbito de la cosa juzgada». Esto es verdad. *Es ajena, pero no es por completo independiente*, porque debería aceptarse que solo hay derecho a la indemnización si la cosa juzgada (que impide la protección primaria) no es imputable a la víctima; o, lo que es lo mismo, si quien sufrió la aplicación de la ley inconstitucional no dejó que la situación deviniera inmodificable sin defenderse; si quien sufrió el daño, en definitiva, intentó conseguir, formulando los recursos procedentes, la tutela primaria. Entonces es cuando tiene sentido acceder para ese recurrente a la vía subsidiaria de la tutela secundaria, de la indemnización.

A mi juicio, conforme a criterios valorativos propios del Derecho público de daños solo merece la protección secundaria (dejando ahora de lado otros requisitos a los que se hará referencia más adelante) quien, consciente de que se estaba atacando inconstitucionalmente su situación jurídica, intentó defenderla *in natura* e hizo valer en el proceso correspondiente su opinión de que la intervención estatal en el ámbito de sus derechos o intereses era contraria a la Constitución por el motivo que, efectivamente, después se declaró que determinaba la inconstitucionalidad de la ley. Si su pretensión de protección primaria fracasó por la negativa del órgano judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad y, por eso, la aplicación a su caso de la ley devino firme, un principio valorativo justificado del Derecho de daños puede hacer a ese sujeto (llamémosle *sujeto A*) merecedor de la protección secundaria (indemnización *a posteriori*).

También son directivas objetivas del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, del que se podría extraer: «en la medida de lo posible, hay que dar tutela secundaria a quien se le negó –incorrectamente– la primaria») las que apoyan que la situación final de aquel recurrente (*sujeto A*) no quede en total desventaja con res-

¹⁷ Como se hace en la STS de 2 de junio de 2010, «salarios de tramitación», recurso núm. 588/2008, FdD 7; y en algunos de los votos particulares formulados frente a la decisión mayoritaria.

pecto a la situación de aquel otro sujeto (*sujeto B*), que defendió como *A* sus derechos, pero en cuyo caso el órgano judicial que conocía del pleito planteó la cuestión de inconstitucionalidad que, finalmente, fue estimada y dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la ley y, para *B*, que fuera estimada su pretensión de defensa primaria: la eliminación de la intervención estatal contraria a la Constitución. *B* obtiene la tutela primaria; *A*, al que le niega ya la protección primaria el art. 40.1 LOTC, merece, al menos, la secundaria.

Desde la perspectiva de esos –a mi juicio– correctos criterios valorativos del Derecho público de daños, es perfectamente razonable, sin embargo, que a quien nada hizo para defender su situación jurídica inconstitucionalmente atacada (*sujeto C*) mediante una pretensión de protección primaria se le niegue también la secundaria, que se concede con carácter subsidiario de la primaria, pero con el requisito de haber intentado esta, que es preferente. *C* no puede ya obtener tutela primaria porque lo impide el art. 40.1 LOTC; y no merece la secundaria, porque consintió el daño y nada hizo para eliminarlo en su momento.

De hecho, un sentido intuitivo de la justicia (y, por ser esto una mera intuición, admito que no tenga valor determinante en el sistema jurídico racional del Estado de Derecho) descubre aquí algo análogo a un *enriquecimiento sin causa*, cuando se concede a *C* –que no ha hecho nada por defender su situación– lo mismo que a *A* –que intentó, aunque sin éxito, acciones de protección primaria– y a costa de *B* –en cuyo proceso se obtuvo la sentencia constitucional de declaración de inconstitucionalidad de la ley–. *C* es un genuino *free rider* que no merece la protección del Derecho de daños.

5. EL FUTURO PROBABLE: NO SOLO DESAPARECE EL REQUISITO DE HABER INTENTADO LA PROTECCIÓN PRIMARIA, SINO QUE SE «IGUALAN POR ABAJO» TODOS LOS REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Las acciones para pedir responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión y por vulneración de la Constitución no están realmente inspiradas por las mismas ideas de fondo. La responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario nació en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como una garantía adicional del cumplimiento del (y del sometimiento al) Derecho comunitario por parte de esos Estados. Esa jurisprudencia estableció, dicho de forma gráfica: «un incumplimiento relevante *que cause daños* no quedará sin sanción»¹⁸. La finalidad de esta doctrina no era, sobre todo, crear una garantía

¹⁸ La idea se deduce con claridad de la STJ de 19 de noviembre de 1991, Francovich, C-6/90 y C-9/90 (en especial, ap. 33), en la que la responsabilidad se concedió como medida sustitutiva derivada de la imposibilidad de aplicar la doctrina del efecto directo de las Directivas.

patrimonial del ciudadano europeo, sino, más bien, vincular a los Estados por otra vía al cumplimiento del Derecho europeo.

La acción de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de la ley inconstitucional, en la –a mi juicio– incorrecta doctrina actual del Tribunal Supremo sobre esta materia, está, sin embargo, configurada como una garantía patrimonial del individuo frente a daños que aquel no tenga el deber jurídico de soportar. El Tribunal Supremo, de forma –en mi opinión– por completo injustificada –como se dirá más adelante–, ha importado al ámbito de la actuación legislativa estatal los criterios que rigen la responsabilidad derivada de la actuación administrativa del Estado. Y el resultado es que el principio desencadenante de la responsabilidad por ley inconstitucional no es primariamente la defensa de la Constitución, sino la idea de que el patrimonio del individuo no debe verse perjudicado por la ley inconstitucional. Se parte del presupuesto, que se considera una evidencia no necesitada de argumentación, de que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar el daño patrimonial derivado de la ley inconstitucional; o, incluso, tiene «el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional»¹⁹.

A pesar de esa diferencia de fondo²⁰, puede aceptarse –como hace el Tribunal de Justicia– que las dos acciones son, por su «objeto» y por sus «elementos esenciales» *similares* a los efectos de aplicar las exigencias del *principio de equivalencia* comunitario: que «el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno»²¹.

Parece que al Tribunal Supremo solo le preocupó, al plantear la cuestión prejudicial, que fuera diferente el régimen de ambas acciones en cuanto al requisito de la exigencia de haber impugnado los actos de aplicación de la ley contraria al Derecho comunitario, requisito que no se exigía si lo que se reclamaba era responsabilidad derivada de ley inconstitucional. En este punto la acción de Derecho interno era notablemente más favorable para el ciudadano que la acción del Derecho comunitario.

Pero debe destacarse que no solo en ese punto. También con respecto a los demás requisitos de la acción de responsabilidad del Derecho comunitario destacados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la acción del Dere-

¹⁹ Utiliza esta gráfica expresión María Ángeles AHUMADA RUIZ, «Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62 (2001), pp. 301 y ss.

²⁰ *Vid.*, sobre esto, también, Emilio GUICHOT REINA, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Valencia, 2001, pp. 573-574.

²¹ *Vid.* STJ de 26 de enero de 2010, «Transportes Urbanos», C-118/08, ap. 33-37.

cho interno es (mucho) más favorable para el ciudadano que la acción derivada del Derecho de la Unión²².

El primer requisito de la acción de responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario es que «la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares»²³. En la acción de Derecho interno para pedir responsabilidad por daños derivados de ley inconstitucional nada hay –al menos, por ahora– que se parezca, ni de lejos, a este requisito. Cualquier vulneración de un precepto constitucional, sin distinción, en que haya incurrido una ley desencadena la obligación estatal de indemnizar por los daños derivados de la aplicación de esa ley. Es indiferente que el precepto constitucional vulnerado sea el que reconoce un derecho fundamental, el que garantiza un principio de Derecho objetivo, o el que regula el reparto de competencias entre órganos constitucionales del Estado, etc. De hecho, el último caso conocido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la STS de 2 de junio de 2010 (recurso núm. 588/2008), concede el derecho a la indemnización por los daños causados por un Decreto-ley que se declaró inconstitucional por vulnerar el art. 86.1 CE, un precepto que nada tiene que ver con el reconocimiento de un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino que establece que ese tipo de norma con rango de ley que aprueba el Gobierno solo puede dictarse en caso de «extraordinaria y urgente necesidad». Nada más objetivo y menos subjetivo que esto.

El segundo requisito de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad de los Estados miembros es que «la violación esté suficientemente caracterizada»²⁴. De nuevo hay que constatar que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aquí se critica tampoco hay ni rastro de algo que tenga que ver con una graduación de la gravedad de la infracción para vincular a ella alguna consecuencia jurídica a los efectos del reconocimiento del derecho a una indemnización²⁵. En el Derecho interno cualquier declaración de inconstitucionalidad de la ley –claramente previsible o discutible,

²² Lo destaca C. PLAZA, «Member States...», pp. 39-40. En contra, Alicia GONZÁLEZ ALONSO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010 (C-118/08)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, en prensa, p. 33 (cito por el original amablemente cedido por la autora), que, para poner el acento en el carácter más favorable de la acción de Derecho comunitario destaca que esta se aplica a la actuación de cualquier órgano público de los Estados miembros (no solo al poder legislativo) y que la norma de contraste que puede ser vulnerada es cualquier acto de Derecho originario o derivado (no solo la Constitución).

²³ Por todas, STJ de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C 48/93, ap. 51.

²⁴ Por todas, STJ de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C 48/93, ap. 51.

²⁵ Destaca Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183 (2010), pp. 194 y ss. que esa graduación de la intensidad de la infracción (con el correlativo margen de tolerancia) para que se desencadene el deber de indemnizar se ha ido abriendo paso en las últimas décadas incluso en materia de responsabilidad de la Administración.

procedente de un cambio jurisprudencial o de acuerdo con doctrina constitucional consolidada— permite solicitar y reconocer la indemnización por los daños derivados de su aplicación.

Es evidente, a mi juicio, que también con respecto a estos dos requisitos el régimen de la acción de Derecho interno es (mucho) más favorable al ciudadano que el régimen (mínimo) del Derecho comunitario. Por eso es incoherente que el Tribunal Supremo en el caso *Transportes Urbanos* [STS de 17 de septiembre de 2010 (recurso núm. 153/2007)] se parara a preguntar solo si era compatible con el principio de equivalencia el diferente régimen de la exigibilidad de haber impugnado los actos de aplicación de la ley, para, después, sin embargo, analizar minuciosamente si la norma comunitaria vulnerada por la ley española reguladora del IVA reconocía un derecho y si la vulneración cumplía el requisito de ser «suficientemente caracterizada»²⁶.

El principio de equivalencia también exigirá aplicar los criterios más favorables al éxito de la acción del Derecho interno en cuanto a los dos requisitos mencionados. El Tribunal Supremo, si fuera coherente, tendría que aceptar abiertamente que, en España, desencadena el derecho a indemnización la vulneración de cualquier norma comunitaria (pretenda el reconocimiento de derechos o no); y que sea suficientemente caracterizada o no, porque el éxito de la acción similar de Derecho interno no depende de la respuesta a estas preguntas.

Este parece ser el futuro probable: que no solo desaparece el requisito de haber intentado la protección primaria; sino que se «igualan por abajo» todos los requisitos de la acción de responsabilidad establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como efecto no pretendido de una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo tan simple y generosa como discutible, el «primitivo» régimen jurídico de la acción de responsabilidad del Estado por ley declarada inconstitucional va a desplazar al matizado y riguroso régimen de la acción de Derecho comunitario, también creado jurisprudencialmente, pero en el que encuentran sitio criterios ponderados del Derecho público de daños (relevancia de la diligencia de la víctima, atención a que el régimen de responsabilidad no desencadene un efecto inhibitorio²⁷, etc.). Sobre esto se volverá más adelante.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha insinuado que la «igualación por abajo» es el futuro, que la aplicación de «criterios menos restrictivos» en el Derecho interno resulta «tremendamente importante» para la configuración de la acción de responsabilidad derivada del Derecho comunitario²⁸.

²⁶ STS de 17 de septiembre de 2010 (recurso núm. 153/2007), FdD 10. Sobre esto, C. PLAZA, «Member States...», p. 40.

²⁷ Sobre esto, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración, DOMÉNECH, «Responsabilidad...», p. 183, *passim*.

²⁸ STS de 17 de septiembre de 2010, recurso núm. 153/2007, FdD 11.

Es un mal ejemplo de interacción del Derecho público nacional y del Derecho comunitario y un mal ejemplo de un «diálogo entre los Tribunales».

Porque, en este punto, no ha habido verdadero diálogo. El Tribunal Supremo no ha reflexionado por contraste sobre el sentido de las reglas europeas relativas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, sobre los criterios valorativos que están detrás de los requisitos para desencadenarla que ha identificado el Tribunal de Justicia. El Tribunal Supremo ha participado en un diálogo meramente formal: ha formulado una pregunta accesorias (porque estaban en juego todos los requisitos de la responsabilidad comunitaria, no solo la cuestión de la reclamación previa) y ha obtenido una respuesta adecuada a la pregunta. Y el cambio en la jurisprudencia nacional no es efecto de un replanteamiento sobre el fondo, sino efecto mecánico de un arrastre de la solución jurídica más matizada en la dirección de la solución jurídica más simple y primitiva.

6. LA NECESIDAD DE RECONSTRUIR LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR DERIVADA DE LEY INCONSTITUCIONAL

El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional ha sido construido por el Tribunal Supremo, en síntesis, en dos fases argumentativas.

Primero, ha tenido que resolver este Tribunal la *cuestión relativa a su existencia*. El Tribunal Supremo ha considerado que el silencio de la Constitución —que, sin embargo, sí regula expresamente la responsabilidad del Gobierno y la Administración (art. 106.2 CE) y de los órganos judiciales (art. 121 CE)— y de la ley sobre esta materia no debe interpretarse en el sentido de que estuviera excluida esta responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, sino como una *laguna* en sentido estricto: la falta de una regulación necesaria, contraria al «plan regulativo» de la Constitución y la ley²⁹. La laguna, entonces, debe ser colmada mediante la aplicación del contenido preceptivo de un principio general del Derecho, positivado expresamente en la Constitución, que es el principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE): este principio «autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna» (SSTS de 2 de junio de 2010, recurso núm. 588/2008, FdD 3; y de 17 de septiembre de 2010, recurso núm. 153/2007, FdD 6).

En la segunda fase, aceptada la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la aplicación de leyes inconstitucionales, hay que dar

²⁹ Vid., por ejemplo, Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de la 4ª ed. alemana, Barcelona, 1994, p. 366.

respuesta a la *cuestión del régimen jurídico* de esta responsabilidad, hay que construir las reglas de fondo y de forma de la acción para exigirla. Y, en el cumplimiento de esta tarea de desarrollo judicial del Derecho, el Tribunal Supremo ha considerado una *evidencia* algo que, en realidad, no es nada evidente: que el régimen jurídico de esta acción remite «a los requisitos establecidos con carácter general para la *responsabilidad patrimonial de la Administración* por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»³⁰. A veces, el Tribunal Supremo ha formulado esa afirmación directamente y, en otras ocasiones, de forma indirecta, mediante la remisión a las reglas que conocidamente rigen la responsabilidad de la Administración: para pronunciarse sobre la responsabilidad derivada de la ley inconstitucional habría que analizar «si el menoscabo económico alegado por el actor reúne los requisitos que legalmente son precisos para que proceda su indemnización, es decir, si se trata de un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y antijurídico, en el sentido, este, de que aquel no tenga el deber jurídico de soportarlo» (STS de 2 e junio de 2010, recurso núm. 588/2008, FdD 9). Es patente que con esto se hace alusión al régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulado en los arts. 139.2 y 141.1 LRJPAC.

Considero, sin embargo, que la extensión del régimen de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración al supuesto del *funcionamiento anormal del legislador* está muy lejos de ser una evidencia³¹; más bien, creo que esto es, sencillamente, el resultado de un razonamiento jurídico inexplicable: ¿qué autoriza a someter al legislador al mismo régimen de responsabilidad que la Constitución y la LRJPAC regulan exclusivamente para el Gobierno y la Administración (arts. 106.2 CE y 139 y ss. LRJPAC)?

El criterio clave sobre el que habría que pronunciarse para responder a la pregunta de si el legislador debe indemnizar por los daños derivados de la aplicación de una ley que, después, fue declarada inconstitucional sería, entonces, si existe el «deber jurídico de soportar» ese daño, porque ese es el criterio que ha terminado siendo determinante en las acciones de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 141.1 LRJPAC). Así formulada la pregunta («¿existe el deber jurídico de soportar el daño derivado de la aplicación de una ley contraria a la Constitución?»), la fuerza de un sentido intuitivo de la justicia a favor de la respuesta negativa es casi irresistible.

Eso explica la contundencia de algunas afirmaciones que se introducen en esta doctrina del Tribunal Supremo, que parecen formuladas en la convicción de tener de su parte el apoyo de la razón natural: «*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

³⁰ SSTs de 13 de junio de 2000, recurso núm. 567/1998, FdD 4; y de 17 de septiembre de 2010, rec. núm. 153/2007, FdD 6.

³¹ DE MARCOS, *El sistema...*, tomo 2, p. 231.

y prejuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado»; «en los casos donde la ley vulnere la Constitución, *evidentemente*, el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la anti-juridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar»³².

En respuesta a la *cuestión relativa a la existencia* de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de la ley inconstitucional, puede decirse, a mi juicio, que el genérico principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) solo forzosamente sirve de fundamento de la específica acción de responsabilidad *patrimonial* del legislador³³. Me parece que solo un verdadero prejuicio que haya decidido –como punto de partida (y de llegada)– que *debe haber* responsabilidad del Estado derivada de ley inconstitucional puede deducir de un principio tan general la regla tan concreta de la existencia de una acción de responsabilidad patrimonial para ese supuesto. Sin embargo, si hubiera que concluir, por otros motivos convincentes –no con fundamento en el art. 9.3 CE–, que esa acción debe existir, no encuentro obstáculo en integrar esa específica responsabilidad patrimonial, junto con otras manifestaciones de la responsabilidad de los poderes públicos, bajo la cobertura sistemática de ese precepto constitucional.

Pero, en mi opinión, lo más importante en esta materia del régimen jurídico de la acción que nos ocupa es destacar que el criterio (por cierto, altamente imprevisible en sus resultados) del «deber jurídico de soportar» no es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, porque no existe base alguna constitucional ni legal que permita utilizarlo como decisivo para pronunciarse sobre la indemnizabilidad de los daños causados por la aplicación de una ley que se declara inconstitucional. Ese criterio es el que se utiliza en el Derecho español como determinante (al menos, sobre el papel) para dar respuesta a las peticiones de responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero no es el *criterio universal* determinante en el Derecho público –ni privado– de daños. La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario –como se ha dicho– está sometida, por ejemplo, a otros requisitos (vulneración suficientemente caracterizada de norma que reconozca derechos a los ciudadanos) que nada tienen que ver con la inexistencia del «deber jurídico de soportar». Tampoco el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por funcionamiento de los órganos judiciales hace mención a él (*vid.* arts. 292 y ss. LOPJ).

Es más, aunque se aceptara que ese criterio tiene alguna relevancia para pronunciarse sobre las pretensiones de responsabilidad patrimonial dirigi-

³² SSTS de 13 de junio de 2000, recurso núm. 567/1998, FdD 4; y de 17 de septiembre de 2010, recurso núm. 153/2007, FdD 6.

³³ Niegan que pueda invocarse el art. 9.3 CE como fundamento de este tipo de responsabilidad, por ejemplo, Jesús LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993, p. 413; y DE MARCOS, *El sistema...*, tomo 2, p. 230.

das frente al Estado y derivadas de la ley inconstitucional, todavía habría que responder a otra pregunta: ¿existe o no existe el deber jurídico de soportar los daños causados por la ley inconstitucional? Como ya se ha dicho, un sentimiento intuitivo de la justicia conduce a responder que no. Una reflexión fundada en principios y reglas jurídicas –me parece– de forma casi necesaria se detiene dubitativamente ante una perplejidad que impide responder. Aunque, por lo pronto, podría decirse que, para todas las situaciones jurídicas que estén ya amparadas por un acto jurídico firme, *es ese mismo acto el título ya inmodificable que fundamenta el deber jurídico de soportar el daño*³⁴. Por esta vía no debe buscarse la solución.

A mi juicio, en nuestro sistema de Derecho público, el lugar más adecuado para situar la cuestión de la existencia y el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de la ley inconstitucional y para darle la respuesta adecuada es el de la regulación de los efectos jurídicos de la sentencia constitucional declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley³⁵. Aceptar la responsabilidad patrimonial del Estado, como forma de otorgar *tutela secundaria* en algunos casos, es un posible efecto del acto jurídico que realiza la declaración vinculante de que el legislador actuó contra el Derecho que limita su actuación. Por alguna razón constitucional, ese acto declaratorio de la inconstitucionalidad puede disponer que se otorgue una protección secundaria (indemnización) a determinadas situaciones jurídicas. Si se quiere concretar todavía más, pienso que puede afirmarse que la laguna legal que debe ser colmada, porque se refiere a una cuestión que *debe estar* regulada, se encuentra en el art. 40 LOTC.

Conforme a lo que ya se ha dicho, el apartado 1 de ese precepto regula en qué supuestos la sentencia constitucional declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley no permitirá la protección primaria que haya sido eventualmente solicitada de los órganos judiciales del Estado: si el acto jurídico de aplicación de la ley inconstitucional ya ha devenido firme, por razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no se modificará la situación jurídica que ese acto ha fijado, lo que es tanto como decir que no puede haber marcha atrás en la actuación estatal contraria a Derecho para dispensar una protección jurídica primaria. Pero nada regula el art. 40.1 LOTC sobre la posibilidad de que la negativa a prestar la tutela primaria se compense³⁶, en algunos casos, con el reconocimiento del derecho a obtener tutela *secundaria*: una indemnización derivada de la actuación estatal contraria a Derecho.

³⁴ Así, el voto particular que formula el Magistrado Octavio Juan Herrero Pina (al que se adhiere la Magistrada María del Pilar TESO GAMELLA) a la STS de 2 de junio de 2010, recurso núm. 588/2008, «salarios de tramitación».

³⁵ Así, DE MARCOS, *El sistema...*, tomo 2, 200, 215-216; en sentido parecido, LEGUINA, «La responsabilidad...», pp. 414-415.

³⁶ Aunque desde otra perspectiva, también Ángel GÓMEZ MONTORO, «Comentario al art. 40 LOTC», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, p. 626, plantea la «responsabilidad del Estado legislador como *compensación* frente a las limitaciones a la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad» (cursiva mía).

Esa laguna debe ser colmada por el legislador [desde luego, no por la extravagante vía de incluir esa regulación en el art. 139 LRJPAC, como ha hecho recientemente con la responsabilidad por *funcionamiento anormal* del Tribunal Constitucional³⁷ (!!)] ; pero, mientras esto no tenga lugar, puede ser colmada a través de la delimitación de los efectos de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad conforme a una correcta ponderación de principios constitucionales.

Pensemos en los tres sujetos *A*, *B* y *C* a los que se ha aludido más atrás. Recordemos que el sujeto *A* es quien, ante una aplicación al ámbito de sus derechos de la ley inconstitucional, impugna esos actos de aplicación con fundamento en que la ley es contraria a la Constitución, pero el órgano judicial que conoce de su recurso le impide la protección primaria, porque no plantea la cuestión de inconstitucionalidad. El sujeto *B* recurrió, como *A*, pero obtuvo la protección primaria, porque el órgano judicial que conoció de su pretensión planteó la cuestión de inconstitucionalidad y dio pie a que se declarara la inconstitucionalidad de la ley y a que la situación jurídica de *B* pudiera ser restablecida *in natura*. El sujeto *C* se aquietó ante la aplicación de la ley inconstitucional.

Es posible sostener –a mi juicio– que en la tarea de delimitar los efectos de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad se deba, no solo prestar atención a la cuestión relativa a qué situaciones jurídicas no se verán afectadas por la sentencia, por ser ya inmodificables, sino también a la de qué recurrentes –de entre quienes pidieron sin éxito la protección primaria: *A*, en nuestro ejemplo– merecen, al menos, una tutela secundaria derivada de la actuación estatal contraria a Derecho; y qué recurrentes no merecen protección alguna, por no haber reaccionado contra dicha actuación estatal (*C*). Puede argumentarse –ya se ha dicho más arriba– que, en el cumplimiento de esa tarea de delimitar los efectos de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, son *directivas objetivas* del principio de igualdad (art. 14 CE: los sujetos *A* y *B* merecen objetivamente el mismo trato) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, del que se podría extraer: «en la medida de lo posible, hay que dar tutela secundaria a quien se le negó –incorrectamente– la primaria») las que apoyan que la situación final del recurrente *A* no quede en total desventaja con respecto a la situación de *B*. Se dice aquí que estamos ante *directivas objetivas* de los arts. 14 y 24 CE, porque está claro que no hablamos de exigencias *subjetivas* de esos derechos fundamentales, sino –más limitadamente– de una adecuada configuración del ordenamiento jurídico conforme a los valores concentrados en esos preceptos constitucionales.

Lo que aquí se propone no está muy lejos de lo que, en alguna ocasión, ya ha hecho el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, es suficientemente conocido que en la STC 45/1989, de 20 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad)

³⁷ Por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que añadió un nuevo apartado 5 al art. 139 LRJPAC.

lidad sobre la ley del IRPF), para delimitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal hizo uso de eso que aquí se ha llamado una directiva objetiva del art. 14 CE, para resolver un problema importante relativo al alcance de esos efectos: serían inmodificables no solo las sentencias firmes, sino también las situaciones amparadas por acto administrativo no recurrido, porque «la solución contraria, en efecto, entrañaría –como con razón observa el representante del Gobierno– un *inacceptable trato de disfavor* para quien recurrió, sin éxito, ante los tribunales, en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales» (STC 45/1989, FJ 11).

Y en la STC 178/2004, de 21 de octubre (cuestiones de inconstitucionalidad sobre aprovechamiento urbanístico en el País Vasco), ya se incoa, en el FJ 12, destinado a delimitar los efectos de la sentencia constitucional, la distinción entre la tutela primaria y la secundaria. Primero se declaran inmodificables las situaciones jurídicas configuradas por sentencia o por acto administrativo firmes. Y, después, se añade (el Tribunal conoce en ese momento la doctrina del Tribunal Supremo creada en los casos de las «máquinas tragaperras») que no se podrá tampoco «formular *reclamación alguna destinada a obtener la cuantía* correspondiente al aprovechamiento urbanístico dejado de percibir o efectivamente cedido por la aplicación» de los preceptos que se declaran inconstitucionales. Creo que se refiere el Tribunal con esa expresión a pretensiones de protección secundaria.

Y, en este caso, podía ser correcto que se denegara también esa tutela subsidiaria, porque el Tribunal de Justicia del País Vasco había suspendido todos los procesos en los que los recurrentes alegaron la inconstitucionalidad de la ley, para plantear en todos ellos la cuestión de inconstitucionalidad. Eso dio lugar a que se dictara la mencionada STC 178/2004 y, después, una larga serie de sentencias y autos del Tribunal Constitucional de remisión (*vid.* SSTC 205/2004 y siguientes, todas ellas de 18 de noviembre; y 239/2004 y siguientes, de 2 de diciembre). Parece que todo el que recurrió por la aplicación a su caso de los preceptos que se declararon inconstitucionales, por la forma de actuar del Tribunal de Justicia del País Vasco, obtuvo la protección jurídica primaria. Por eso estaba justificado que se denegaran acciones de tutela secundaria, que solo habrían beneficiado a quienes no habían recurrido (el sujeto *C* de nuestro ejemplo).

Este reconocimiento, limitado a algunos casos, de la acción de responsabilidad frente al Estado legislador por daños derivados de la aplicación de la ley declarada inconstitucional, como efecto de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, en mi opinión, encaja bien en un sistema de Derecho público de daños que ya, necesariamente, ha de tener en cuenta la existencia en su interior de la importante pieza de la responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario, tal y como la ha configurado el Tribunal de Justicia.

De hecho –conforme a lo que se ha expuesto–, en el caso español, lo más

correcto no era uniformar el régimen jurídico de la responsabilidad del legislador mediante la asimilación de la acción comunitaria a la doctrina, tan generosa como simple, del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad derivada de la ley inconstitucional. Más bien, al contrario, partiendo de un sistema de responsabilidad del Estado que utilice como título de imputación principal la actuación estatal contraria a Derecho³⁸, lo que debería modificarse es la primitiva doctrina del Supremo sobre la indemnización de los daños derivados de la ley inconstitucional, como fruto de una reflexión que incorpore –a través de los principios de nuestro Derecho constitucional– ideas muy aprovechables de la doctrina del Tribunal de Justicia.

La primera, a la que aquí se ha prestado más atención, es que no merece una indemnización quien no reaccionó en su momento contra la actuación estatal que se estimaba contraria a Derecho. Pero también otros principios de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario (al fin y al cabo, construida sobre la base de principios generales comunes a las tradiciones de los Estados miembros³⁹) deberían encontrar su sitio en la acción de Derecho interno.

Varias de las objeciones a la decisión mayoritaria contenidas en los Votos particulares formulados a la STS de 2 de junio de 2010, caso «salarios de tramitación», recurso núm. 588/2008, se sitúan en la dirección que yo considero correcta. Debería avanzarse «en este enfoque de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales, más atento al *contenido material de las normas* y a su incidencia y efectos en los derechos de los ciudadanos, así como al *mayor o menor grado de intensidad* (o “caracterización”, por emplear el término empleado en otros ordenamientos) de la infracción constitucional»⁴⁰. El principio «de libre configuración del ordenamiento por la ley quedaría seriamente puesto en entredicho si se aceptara que, por el mero hecho de que una ley sea declarada inconstitucional, todos los daños que haya podido ocasionar su aplicación deben ser indemnizados (...). Ello supone caer en una especie de “administrativización” de la ley, que no explica por qué la ley no merece, cuando menos, un régimen de responsabilidad más restrictivo y circunscrito a supuestos particularmente graves y excepcionales (...)»⁴¹.

En definitiva, deberían integrarse en nuestro sistema de responsabilidad por actuación estatal contraria a Derecho esas ideas valorativas relativas a que sólo merece protección el ciudadano activo que lucha por sus derechos y no consiente los daños; la de la limitación de los supuestos de responsabi-

³⁸ *Vid.* un notable ensayo de construcción sistemática sobre esta base en el ya citado trabajo de MORLOK, «Allgemeine Elemente...», pp. 1011 y ss.

³⁹ Así, expresamente, STJ de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C 48/93, ap. 29.

⁴⁰ Voto particular del Magistrado Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, al que se adhiere el Magistrado Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

⁴¹ Voto particular del Magistrado Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ, al que se adhieren los Magistrados Ángel AGUALLO AVILÉS e Isabel PERELLÓ DOMÉNECH.

dad como consecuencia de la necesaria *conexión entre la norma vulnerada y el ámbito de los derechos* del recurrente⁴² (no es lo mismo vulnerar una norma de procedimiento, por ejemplo, que una norma que delimita la posición jurídica del ciudadano); el *margen de tolerancia* que debe reconocerse al legislador si no se quiere que la institución de la responsabilidad termine desencadenando un *efecto inhibitor* potencialmente perjudicial para los intereses públicos, etc. No hace falta volver a explicar con detalle que en estos criterios se encuentra gran parte del contenido de los requisitos con los que el Tribunal de Justicia ha perfilado la institución de la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.

7. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL O DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DELIMITAR LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y, EN SU CASO, PARA ADMITIR EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA LEY INCONSTITUCIONAL

En mi opinión –según ha quedado expuesto–, el lugar sistemáticamente más adecuado para plantear y resolver la cuestión de la existencia de responsabilidad del Estado legislador por daños causados por la ley inconstitucional es el de la delimitación de los efectos de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley de que se trate, esto es, el contexto regulativo del art. 40 LOTC. Esto no supone, de por sí, atribuir la competencia para pronunciarse sobre la viabilidad de las acciones de responsabilidad, cada vez que sea declarada inconstitucional una ley, al Tribunal Constitucional. Es posible argumentar que el art. 40 LOTC es un precepto dirigido a los tribunales ordinarios (no al Tribunal Constitucional), que debe ser aplicado por estos; y cuyas lagunas (el eventual reconocimiento de una vía de protección secundaria, cuando, por razones de seguridad jurídica, haya de fracasar la primaria) también deben ser colmadas por ellos.

Esta opinión ha sido defendida, por ejemplo, por Javier JIMÉNEZ CAMPO, para quien el Tribunal Constitucional, por la vía del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, solo es competente para «enjuiciar normas, no situaciones surgidas a su amparo», a diferencia de la que sucede en los procesos de amparo constitucional [art. 55.1 c) LOTC] y en los conflictos positivos de competencias (art. 66 LOTC: «disponer lo que fuera procedente respecto de las *situaciones de hecho o de derecho* creadas al amparo de la misma»); por lo que «las reglas sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad contenidas en el art. 40 LOTC están dirigidas, sobre todo, al poder judicial»⁴³.

⁴² Sobre esto, en el (por lo demás, nada ejemplar, por complejo y asistemático) vigente Derecho alemán, puede verse Ansgar STAUDINGER, en Reiner SCHULZE (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, 2005, p. 1072.

⁴³ JIMÉNEZ CAMPO, «Qué hacer...», p. 44.

No ha sido esta, sin embargo, la interpretación que del art. 40 LOTC ha hecho el propio Tribunal Constitucional. Desde la ya citada STC 45/1989, de 20 de febrero, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que ese precepto «deja a este Tribunal la tarea de precisar (el alcance de los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado) en cada caso» (FJ 11). Las declaraciones del Tribunal que pueden citarse como modelos diversos de delimitación de los efectos del fallo de estimación de un recurso o una cuestión, a día de hoy, son muchas. La mayoría de las sentencias que se toman la molestia de delimitar esos efectos extienden la inmodificabilidad de las situaciones ya no impugnables a los actos administrativos firmes. Alguna de ellas –según se ha dicho– ha hecho referencia expresa a la imposibilidad de reclamaciones de indemnización derivadas de la aplicación de los preceptos que se declaraban inconstitucionales (STC 178/2004, de 21 de octubre, FJ 12). Tampoco falta algún ejemplo (realmente inverosímil) de sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de cientos de preceptos legales en la que el Tribunal no se pronuncia sobre los efectos que esa inconstitucionalidad habría de tener sobre las innumerables licencias, reparcelaciones y compensaciones, planes urbanísticos (incluso, leyes autonómicas), etc., que se habían dictado en aplicación (o sobre la base) de las normas que se expulsaban del ordenamiento jurídico: STC 61/1997, de 20 de marzo, sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

Si se ha dado el paso de afirmar que la LOTC «deja al Tribunal la tarea» de delimitar los efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de la ley en cada caso, el Tribunal Constitucional debería ser consecuente y diligente en el cumplimiento de esa competencia. Si –por lo que respecta a la cuestión que nos ocupa– se acepta que el eventual reconocimiento de la acción de responsabilidad del legislador para los casos que la merezcan es un efecto más de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad⁴⁴ y se interpreta que la delimitación de esos efectos es competencia *exclusiva* del Tribunal Constitucional⁴⁵, este Tribunal ha de modificar en este punto la práctica habitual de su funcionamiento. Al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal sería muy conveniente contar con información relativa a la litigiosidad *fáctica* a que aquel ha dado lugar (si hay casos, por ejemplo, en los que se ha pedido ante un órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y este se ha denegado), para poder hacer una declaración general adecuada para los supuestos que merecen ser tutelados secundariamente con el reconocimiento de una indemnización. Evidentemente, la indemnización no se pedirá al Tribunal Constitucional, sino, primero (según la regla que ya se ha consolidado) al Consejo de Ministros, con posible recurso posterior ante el Tribunal Supremo.

⁴⁴ LEGUINA VILLA, «La responsabilidad...», p. 145; y DE MARCOS, *El sistema...*, tomo 2, p. 215.

⁴⁵ Para GÓMEZ MONTORO, «Comentario...», p. 623, «solo (el Tribunal Constitucional) tiene competencia para extender los límites de la retroactividad de sus decisiones más allá del expresamente previsto en el art. 40.1 LOTC».

Desde que existe la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las «máquinas tragaperras» (año 2000), el Tribunal Constitucional debe ser consciente de que al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley, se está también pronunciando sobre la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad por daños derivados de esa norma⁴⁶. Por eso, si el Tribunal Constitucional considera que delimitar los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad es competencia *exclusiva* suya, debería prestar también cuidadosa atención a la cuestión de la tutela secundaria en sus pronunciamientos.

Una mala solución –en mi opinión– es la que constituye la regla jurisprudencial vigente en el momento actual: considerar que la delimitación de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad es competencia *concurrente* del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo⁴⁷. Si la tarea no la cumple el primero, puede cumplirla el segundo⁴⁸. En un sistema racional de reparto de competencias entre órganos del Estado esa concurrencia es –a mi juicio– un desacierto. El Tribunal Supremo termina asumiendo la extravagante competencia de interpretar no el ordenamiento jurídico, sino *directamente* una sentencia del Tribunal Constitucional (qué ha dicho o qué no ha dicho, o qué ha querido decir o no decir el Tribunal Constitucional), ocupando una posición análoga a la de un órgano judicial que fuera competente para resolver el llamado «recurso de aclaración» (art. 267 LOPJ) o incidentes de ejecución (por ejemplo, art. 109 LJCA) de pronunciamientos de otro.

8. CONCLUSIÓN

Es suficientemente conocido que el impulso para llevar a cabo un replanteamiento crítico de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración construida en torno al tópico de la *responsabilidad objetiva* procedió, en un primer momento, de fuera de las filas de quienes se ocupan del estudio del Derecho público y administrativo; de un civilista al que la generosidad del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración nunca le había enorgullecido, sino que le había resultado sospechosa, porque le parecía «indudable que España no puede permitirse “gozar” del sistema de responsabilidad de la Administración más “avanzado”, o sea, más caro del mundo»⁴⁹. Aquel impulso de las filas ajenas ya ha dado

⁴⁶ AHUMADA, «Responsabilidad patrimonial...», p. 339.

⁴⁷ Crítico con la interpretación que el Tribunal Supremo hace de su propia competencia en esta materia, con un análisis, en parte, distinto al que aquí se hace, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español*, Cizur Menor, 2005, pp. 255 y ss.

⁴⁸ *Vid.*, últimamente, STS de 2 de junio de 2010, «salarios de tramitación», recurso núm. 588/2008, FdD 5.

⁴⁹ Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, núms. 237-238 (1994), p. 239.

lugar en el círculo de la doctrina del Derecho administrativo a convincentes propuestas de revisión del sistema de responsabilidad de la Administración⁵⁰.

También –según se ha visto– las reglas que está aplicando el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la aplicación de la ley inconstitucional, en su simpleza y universalidad (indemnización por vulneración de *cualquier intensidad* de *cualquier norma* constitucional, sin reclamación previa y sobre la base de la aplicación del criterio general de la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño), podrían dar motivo a algunos para enorgullecerse de la generosidad del Derecho público de daños español⁵¹. En esta materia, el impulso para la autorreflexión crítica podría haber procedido de la jurisprudencia comunitaria, pero, por ahora, no ha sido así. En este trabajo se ha intentado poner de manifiesto que este sistema español de responsabilidad se apoya sobre patas dogmáticamente enclenques; y que es un penoso daño colateral del principio comunitario de equivalencia que ese primitivo sistema desplace las más elaboradas reglas de la responsabilidad de Derecho comunitario. «Igualar por abajo» no era la solución correcta, sino el replanteamiento crítico del Derecho nacional mediante un diálogo *sobre el fondo* entre la jurisprudencia de los Tribunales (Supremo y de Justicia).

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

María Ángeles AHUMADA RUIZ, «Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62 (2001), pp. 301 y ss.

María Consuelo ALONSO GARCÍA, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. (Reflexiones al hilo de la Sentencia del TJCE de 26 de enero de 2010)», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 12 (2010), pp. 74 y ss.

Ricardo ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en especial, en los casos de infracción del Derecho comunitario: a pro-

⁵⁰ DE MARCOS, *El sistema...*, tomo 2, en especial, pp. 126 y ss., que construye un sistema en el que uno de los puntos de partida del análisis es que la actuación administrativa sea susceptible de control judicial (o sea, exista la posibilidad de la tutela primaria) o no; y Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, 2002, en especial, pp. 254 y ss.: la regla general de la responsabilidad administrativa ha de ser el funcionamiento anormal (contrario a los estándares normativos) de los servicios públicos. Para los supuestos de actuación formalizada («procedimentalizada») de la Administración, Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor, 2005, en especial, pp. 218 y ss.

⁵¹ Sobre la generosidad de ese sistema en el contexto del Derecho comparado, sintéticamente y muy crítico con la doctrina del Tribunal Supremo, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad...*, pp. 278 y ss.

pósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 19 (2009), pp. 175 y ss.

Fulvio CORTESE, «Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integraziones europea», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 1304 y ss.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183 (2010), pp. 179 y ss.

Wilfried ERBGUTH, «Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 61, Berlín, 2002, pp. 221 y ss.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español*, Cizur Menor, 2005.

Ángel GÓMEZ MONTORO, «Comentario al art. 40 LOTC», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (COORD.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, pp. 608 y ss.

Alicia GONZÁLEZ ALONSO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010 (C-118/08)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, en prensa.

Emilio GUICHOT REINA, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Valencia, 2001.

Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Qué hacer con la ley inconstitucional», *La Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 15 y ss.

Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de la 4ª ed. alemana, Barcelona, 1994.

Jesús LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993, pp. 394 y ss.

Ana DE MARCOS, *El sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos en la Constitución española de 1978*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2004.

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 26 January 2010», *Common Market Law Review*, núm. 47 (2010-6), pp. 1847-1870.

Hartmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., Múnich, 2009.

Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor, 2005.

Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, 2002.

Martin MORLOK, «Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln», en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y VOSSKUHLE (dirs.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo III, Múnich, 2009, pp. 1011 y ss.

Fritz OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 5ª ed., Múnich, 1998.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, núms. 237-238 (1994), pp. 239 y ss.

Carmen PLAZA, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence; Going too far in *Transportes Urbanos?*», *Review of European Administrative Law*, vol. 3, núm 2 (2010), pp. 27 y ss.

José Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO, «La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las leyes internas que infringen el Derecho comunitario», *Actualidad Administrativa*, núm. 2 (2011), pp. 3 y ss.

Reiner SCHULZE (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, 2005.

WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht*, tomo 2, 6ª ed., Múnich, 2000.