

¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia *Köbler*?

Diego Córdoba Castoverde

Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional

RESUMEN:

El presente artículo tiene por objeto analizar si el ordenamiento español, y especialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, cumple las exigencias impuestas por la sentencia STJUE de 30 de septiembre de 2003 (asunto *Köbler*, C-224/01) y posteriores en materia de responsabilidad patrimonial del Estado miembro por el incumplimiento del Derecho comunitario imputable a la actuación de sus tribunales de justicia.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado; Tribunales de Justicia; Sentencia del TJUE *Köbler*.

Keywords: State liability; Courts of justice; *Köbler* ECJ Judgment.

ABSTRACT

This article aims to analyze whether the Spanish law and, particularly, the Tribunal Supremo's case-law, respects the requirements established by the ECJ judgment in *Köbler* case and other ECJ's decisions in the field of State liability for breach of EU law attributable to the national courts of justice.

Fecha recepción original: 9 de enero de 2011

Fecha aceptación: 23 de enero de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO IMPUTABLE A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE UN ESTADO
 - III. ¿CUMPLE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LAS EXIGENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA?—A) *Cauce procesal para exigir la responsabilidad patrimonial por incumplimiento de Derecho comunitario imputable a una decisión judicial*—B) *Plazos*—C) *Requisitos sustantivos: el concepto de error judicial*—1. Infracción manifiesta del Derecho aplicable—2. Carácter intencional de la infracción e inexcusabilidad del error de Derecho—3. Interpretación del Derecho, apreciación de hechos y pruebas—4. Desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia—D) *Especial referencia al no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación*—E) *¿Qué papel desempeña el Tribunal Constitucional Español?*—1. El recurso de amparo como mecanismo reparador del no planteamiento de una cuestión prejudicial—2. ¿Puede y debe el Tribunal Constitucional plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario?
 - IV. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario ha dado lugar a una interesante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, constituyéndose en los últimos años como uno de los temas estrella.

El Tribunal de Justicia ha venido afirmando que la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario es un «principio que aparece como inherente al sistema del Tratado»¹. Los Estados miembros responden cualquiera que sea el órgano o el poder del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento². De modo que todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, están obligados en el cumplimiento de sus funciones a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares (sentencia en el asunto *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, apartado 34).

La actuación de los tribunales de justicia no constituye una excepción a este principio general, sin perjuicio de las peculiaridades propias que presenta la función jurisdiccional.

Fue la STJ de 30 de septiembre de 2003 (asunto *Köbler*, C-224/01) la primera que abordó este tema, admitiendo que los particulares también tienen derecho a ser indemnizados por el Estado cuando el incumplimiento del Derecho comunitario generador del daño sea imputable a la actuación de sus tribunales de justicia.

El presente artículo tiene por objeto analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia y determinar si nuestro ordenamiento jurídico cumple las exigencias previstas en la jurisprudencia comunitaria.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO IMPUTABLE A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE UN ESTADO

La sentencia de 30 de septiembre de 2003 (asunto *Köbler*, C-224/01) se dicta

¹ SSTJ de 19.11.1991, as. *Franovich y otros* (as. ac. C-6/90 y C-9/90), apdo. 35; de 5.3.1996, as. *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* (as. ac. C-46/93 y 48/93), apdo. 31; de 26.3.1996, as. *British Telecommunications* (C-392/93), apdo. 38; de 23.5.1996, as. *Hedley Lomas* (C-5/94), apdo. 24; de 8.10.1996, as. *Dillenkofer y otros* (as. ac. C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94), apdo. 20; de 2.4.1998, as. *Norbrook Laboratories* (C-127/95), apdo. 106; y de 4.7.2000, as. *Haim* (C-424/97), apdo. 26.

² SSTJ as. *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apdo. 32; de 1.6.1999, as. *Konle* (C-302/97), apartado 62; y as. *Haim*, antes citada, apdo. 27).

a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal territorial civil de Viena en el marco de una acción de responsabilidad ejercitada por el Sr. Köbler contra el Estado austriaco por vulneración del Derecho comunitario que se imputaba a una sentencia del Tribunal Supremo Administrativo de Austria³. El Tribunal austriaco, planteó si, con carácter general, la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario puede surgir cuando el acto en que se contiene la violación consiste en una resolución de un Tribunal Supremo de un Estado miembro; y, en caso afirmativo, si es de aplicación la jurisprudencia comunitaria conforme a la cual corresponde al ordenamiento jurídico interno determinar cuál sea el órgano jurisdiccional competente para conocer de estos litigios.

Las principales objeciones que presentaron algunos Estados (Austria, Alemania, Francia, Holanda y el Reino Unido) estaban relacionadas con los principios de seguridad jurídica, y más concretamente con el de fuerza de cosa juzgada, la independencia y la autoridad del juez, así como en la inexistencia de una jurisdicción competente para conocer de los litigios relativos a la responsabilidad del Estado derivada de dichas resoluciones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea empezó por reconocer la aplicación del principio general de responsabilidad cuando la actuación contraria al Derecho comunitario provenga de un Tribunal de Justicia de un Estado miembro, en los siguientes términos: «33. *Habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas comunitarias, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia. (...)*

36. *Por lo tanto, de las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario se desprende que éstos deben tener la*

³ En el litigio nacional, el Sr. Köbler mantenía una relación laboral con el Estado, como catedrático de universidad en Innsbruck y solicitó un complemento especial por antigüedad al amparo del artículo 50 bis de la Constitución, para lo que era necesario acreditar quince años de antigüedad como profesor en universidades austriacas, requisito que cumplía si se computaba el tiempo de servicios como profesor en otros Estados miembros de la Comunidad, alegando discriminación en caso contrario. El Sr Köbler solicitó del Tribunal el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE. Finalmente el Tribunal no planteó la cuestión prejudicial y desestimó su pretensión por considerar que el complemento especial por antigüedad constituía una prima de fidelidad que justificaba objetivamente una excepción a las normas del Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores.

El Sr. Köbler interpuso una demanda de indemnización contra la República de Austria ante otro órgano jurisdiccional destinada a obtener una reparación por el perjuicio supuestamente sufrido al no habersele abonado el complemento especial por antigüedad, considerando que la sentencia que se lo denegó vulneró normas de Derecho comunitario directamente aplicables, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia.

posibilidad de obtener reparación, ante un órgano jurisdiccional nacional, del perjuicio causado por la violación de dichos derechos debida a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia (véase, en este sentido, la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 35)».

Y tras destacar la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada considera que el reconocimiento de un principio de responsabilidad del Estado derivado de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia *«no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución»*, razonando al respecto que *«un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño»*. En definitiva, el Tribunal considera que el procedimiento destinado a obtener una reparación es distinto a aquel en que se discutió sobre la aplicación del Derecho comunitario, por lo que la posibilidad de que se derive una responsabilidad patrimonial del Estado derivada de una sentencia firme que incumple el Derecho comunitario, no conlleva la revisión de la resolución judicial dictada.

El Tribunal también descarta que dicha responsabilidad pueda considerarse contraria a la independencia y la autoridad del juez, argumentando que *«el principio de responsabilidad examinado no se refiere a la responsabilidad personal del juez sino a la del Estado. Pues bien, no parece que la posibilidad de exigir, en determinadas condiciones, la responsabilidad del Estado por las resoluciones judiciales contrarias al Derecho comunitario suponga riesgos particulares para la independencia de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia»*.

Y en lo relativo al riesgo de que se dañe la autoridad de un órgano jurisdiccional por el hecho de que sus resoluciones que han adquirido firmeza puedan ser impugnadas de manera implícita en un procedimiento que permita exigir la responsabilidad del Estado por su causa, el Tribunal razona que *«la existencia de una vía de Derecho que permita, en determinadas condiciones, reparar los efectos perjudiciales de una resolución judicial errónea también podría considerarse la confirmación de la calidad de un ordenamiento jurídico y, por tanto, en suma, también de la autoridad del poder judicial»*.

Una vez afirmada la responsabilidad del Estado por la actuación de sus tribunales, cuando estos incumplan el Derecho comunitario, el problema se desplazaba a los requisitos sustantivos que deberían de concurrir para poder apreciarla.

El Tribunal venía exigiendo como requisitos para que concurriese la respon-

sabilidad del Estado por incumplimiento de Derecho comunitario los siguientes:

- 1º que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares;
- 2º que la violación esté suficientemente caracterizada;
- 3º que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados.

Estos tres requisitos se presentan como necesarios y suficientes para generar un derecho a obtener la reparación, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer para la reparación unos requisitos menos restrictivos.

La sentencia *Köbler* entiende que estos mismos requisitos resultan aplicables a los supuestos en los que la violación del Derecho comunitario es achacable a la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia.

La principal especialidad se presenta en relación con la gravedad o intensidad del incumplimiento exigido, pues son precisamente las especialidades propias de la función jurisdiccional, y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, las que motivan, en palabras del TJUE, que «*La responsabilidad del Estado... solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable*».

Para determinar si nos encontramos ante una «*infracción manifiesta el Derecho aplicable*» el Tribunal afirma que «*el juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios deberá tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido... Entre esos elementos figuran, en particular, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero*». Y considera que, «*En todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (véase, en este sentido, la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 57)*».

El análisis de la jurisprudencia comunitaria en esta materia ha de completarse con la referencia a la sentencia del TJCE de 13 de junio de 2006 (asunto *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03) dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova⁴. La novedad de la

⁴ En el litigio origen de las actuaciones se demandaba al Estado italiano por los perjuicios sufridos por una empresa de cabotaje marítimo derivados de una sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana. A juicio de la demandante la sentencia de la Corte

sentencia radica en enjuiciar si los requisitos exigidos por la legislación italiana para apreciar dicha responsabilidad satisfacen las exigencias de la jurisprudencia comunitaria.

La Ley italiana excluía la posibilidad de apreciar una responsabilidad patrimonial por las decisiones de los tribunales de justicia cuando estaba conectada con la interpretación de normas jurídicas o con la apreciación de los hechos o las pruebas realizadas por un tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, limitándola tan solo a los supuestos de responsabilidad a los casos de dolo o culpa grave del Magistrado. Se dudaba si los requisitos establecidos por la Ley y la jurisprudencia italiana eran tan restrictivos que hacían excesivamente difícil, e incluso prácticamente imposible, la declaración de responsabilidad patrimonial en tales casos.

El TJUE afirma que *«...el Derecho comunitario se opone a una legislación nacional que excluye, con carácter general, la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia debido a que tal violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional. El Derecho comunitario se opone asimismo a una legislación nacional que limita la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable».*

Ahora bien, el TJCE también afirma que *«Ciertamente, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, así como de las exigencias legítimas de la seguridad jurídica, la responsabilidad del Estado, en tal supuesto, no es ilimitada. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, esta responsabilidad solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable».*

Se trata, pues, de una responsabilidad que se limita a los casos excepcionales en que se incurre en un «error manifiesto» del Derecho comunitario o un «desconocimiento manifiesto» de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque estos errores se pueden producir no sólo en la interpretación y aplicación del Derecho sino también en la apreciación efectuada por los Tribunales de los hechos y de las pruebas. Ello no impide, tal y como señala la sentencia, *«...que el Derecho nacional precise los criterios relativos a la naturaleza o al grado de una infracción que deben reunirse para que*

Suprema había incurrido en una incorrecta interpretación y aplicación del Derecho comunitario e incumplido de la obligación de plantear una cuestión prejudicial de interpretación que, a su juicio, incumbía a este último órgano jurisdiccional en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero. Esta reclamación fue rechazada por la Administración italiana al considerar que la Ley italiana 117/88, de 13 de Abril sobre reparación de daños causados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y la responsabilidad civil de los Magistrados, excluía las acciones indemnizatorias contra el Estado, derivadas del ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

pueda exigirse la responsabilidad del Estado por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, estos criterios no pueden, en ningún caso, imponer exigencias más estrictas que las derivadas del requisito de una infracción manifiesta del Derecho aplicable, tal como se precisó en los apartados 53 a 56 de la sentencia Köbler, antes citada».

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia comunitaria será necesario que el incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un órgano judicial nacional sea «manifiesto» atendiendo a las circunstancias del caso, sin que sea suficiente para exigir dicha responsabilidad que el pretendido incumplimiento del Derecho comunitario sea dudoso o simplemente posible en base a una interpretación subjetiva de la norma o jurisprudencia comunitaria. Aunque ese incumplimiento puede producirse no sólo en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, sino también en la apreciación de los hechos y en la valoración de las pruebas realizada por el tribunal nacional.

No debe olvidarse que, sin perjuicio de que el derecho a indemnización esté basado directamente en el Derecho de la Unión, desde el momento en que se reúnen los requisitos exigidos en la jurisprudencia comunitaria, incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad)⁵.

Ello nos sitúa ante la segunda de las cuestiones a tratar: el cauce procesal adecuado para exigirla.

Al no existir una normativa comunitaria que establezca un cauce procesal unificado para exigirla ni previsiones específicas respecto de los plazos, el procedimiento y el órgano competente para declararla corresponde fijarlo a cada Estado miembro. La sentencia *Köbler* afirma al respecto que «...Según jurisprudencia reiterada, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, 33/76, *Rec. p.* 1989, apartado 5; *Comet*, 45/76, *Rec. p.* 2043, apartado 13; de 27 de febrero de 1980, *Just*, 68/79, *Rec. p.* 501, apartado 25; *Frančovič* y otros, antes citada, apartado 42, y de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, *Rec. p.* I-4599, apartado 12)». Y constata que «...no corresponde al Tribunal de Justicia intervenir en la solución de los problemas de competencia que pueda plantear, en el plano de la organización judicial nacional, la calificación de determinadas situacio-

⁵ Véanse, en este sentido, las SSTJ de 30.9.2003, as. *Köbler* (C-224/01), apdo. 58, y de 13.3.2007, as. *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04), apdo. 123.

nes jurídicas fundadas en el Derecho comunitario (sentencias de 18 de enero de 1996, SEIM, C-446/93, Rec. p. I-73, apartado 32, y Dorsch Consult, antes citada, apartado 40)». En tal sentido conviene recordar que la sentencia del TJUE de 1 de junio de 1999 (asunto Klaus Konle contra Republik Österreich, C-302/97) y otras posteriores, afirman que también la decisión sobre la eventual vulneración del Derecho comunitario les corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, utilizando los criterios fijados por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Especial importancia vuelve a tener en este punto el respeto a los principios equivalencia y efectividad.

III. ¿CUMPLE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LAS EXIGENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA?

La respuesta a esta pregunta constituye el objeto del presente artículo. Y para ello es preciso analizar, en primer lugar, si existe un cauce en nuestro ordenamiento que permita reclamar al Estado los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento del Derecho comunitario imputable a nuestros Tribunales de Justicia, siendo preciso determinar ¿cuál es este?; para después analizar si el cauce previsto y los requisitos sustantivos exigibles en nuestro ordenamiento cumplen las exigencias impuestas por la jurisprudencia comunitaria.

A) Cauce procesal para exigir la responsabilidad patrimonial por incumplimiento de Derecho comunitario imputable a una decisión judicial

La posibilidad de que cada Estado miembro establezca el cauce adecuado para conocer de este tipo de reclamaciones le confiere un cierto margen de libertad al tiempo de fijar los requisitos, el procedimiento y el órgano jurisdiccional competente llamado a conocer de las mismas, pero sin olvidar que habrá de respetar, tanto en las condiciones de fondo como en las procedimentales o formales, las exigencias impuestas por el Derecho comunitario y su jurisprudencia y especialmente los principios de «equivalencia» y «efectividad».

El cauce previsto en nuestro ordenamiento jurídico para obtener una indemnización de daños y perjuicios derivados de una decisión jurisdiccional que incumple o inaplica el Derecho comunitario es el previsto en el artículo 293 de la LOPJ. Se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado por «error judicial».

En nuestro ordenamiento, en todos aquellos supuestos en los que la parte considera que el daño que se reclama es consecuencia de una decisión judicial, que pone fin a un procedimiento, cuyo contenido se reputa contrario al ordenamiento jurídico, está planteando un supuesto de responsabilidad patrimonial por error judicial, regulada en el artículo 293 de la Ley Orgá-

nica del Poder judicial (en adelante LOPJ), que se articula procesalmente en una doble vía: en primer lugar, la previa declaración del error judicial ante los tribunales; y una vez declarado éste, la reclamación de los daños y perjuicios ante la Administración.

El artículo 293 de la LOPJ dispone que *«La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca»*. Esta previa declaración que constata la existencia del error judicial puede resultar: bien directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión o bien de una acción judicial específica destinada a obtener un pronunciamiento de reconocimiento del error judicial. Nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial diseña esta acción con las siguientes características: *«a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse; b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61 de la LOPJ; c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado... f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento; g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute»*.

Una vez declarada la existencia del error judicial, el afectado podrá presentar su petición indemnizatoria ante el Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, y contra la resolución administrativa que se dicte cabrá interponer recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de justicia, momento en el que ya no es posible cuestionar la existencia del error, sino que partiendo del mismo se habrá de determinar la existencia del nexo causal y la determinación de los daños y perjuicios vinculados a este.

Así pues, la existencia de esa previa decisión jurisdiccional que declare la presencia de un «error judicial», se constituye como un presupuesto previo para poder entablar la acción destinada a obtener una reparación por los daños y perjuicios que tengan su origen en las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los Tribunales de justicia. Nuestro Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 5 de noviembre del 2009, rec. 151/2008) ha definido el alcance de esta acción y la incidencia en la cosa juzgada de fondo en los siguientes términos *«...la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable para una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial de Estado Juez, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error judicial, se pueda ver alterada o modificada por una declaración que reconozca la existencia de aquél»*.

La declaración del error persigue, pues, una reparación del daño sufrido

por la resolución judicial errónea y no, a diferencia de los recursos procesales, una sustitución de los pronunciamientos del fallo por otros de signo o alcance diversos, como resulta del régimen establecido en el Título V del Libro II de la LOPJ, relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. De manera que, como establece el artículo 293.2 de dicha Ley, en el supuesto de declaración de error judicial, los interesados habrían de dirigir la petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia (SSTS de 9 de octubre de 2001, 21 de diciembre de 2002 y 7 de abril y 26 de junio de 2006, entre otras)».

El hecho de que nuestro ordenamiento arbitre una acción independiente, destinada a obtener la declaración de «error judicial», y que este pronunciamiento no modifique el resultado del litigio en que se produjo, no parece chocar con la jurisprudencia comunitaria reseñada pues, tal y como afirma la sentencia Köbler el *«procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada»* y *«En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño»*.

No debe olvidarse que la obligación de la parte de actuar de modo diligente no le permite prescindir de la utilización del cauce fijado por el ordenamiento jurídico interno para obtener la reparación. A tal efecto tal y como ha recordado el TJUE en su sentencia de 24 de marzo de 2009 (asunto *Danske Slagterier*, C-445/06) se afirmó que *«La probabilidad de que el juez nacional presente una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE o el hecho de que esté pendiente un procedimiento por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia no pueden, por sí solos, constituir un motivo suficiente para afirmar que no es razonable exigir que se ejerza determinada acción... no sería razonable no utilizar una acción judicial por el mero hecho de que, probablemente, ésta diera lugar a una petición de decisión prejudicial»*.

Y también resultan relevantes las consideraciones contenidas en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 10 de febrero de 2009 (rec. 553/2007) en la que se daba respuesta a alegación de la parte referida a la falta de utilización de la acción destinada a obtener la declaración de «error judicial» al considerar que la interpretación jurisprudencial era excesivamente restrictiva y no serviría para obtener una reparación efectiva. En la citada sentencia se afirma al respecto que *«... la eventual infracción del principio comunitario de efectividad y de la jurisprudencia del TJCE en la materia, no sería, en ningún caso, imputable a la regulación legal contenida en la LOPJ sino que habría que entenderla referida a la interpretación jurisprudencial realizada. Así, la alegada inadecuación del cauce tan solo sería achacable a una jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aunque reiterada, es susceptible de ser modificada si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas así lo requiriese, pues también el Tribunal Supremo, al tiempo de conocer de este tipo de reclamaciones, está vinculado por el Derecho*

comunitario y su jurisprudencia. Por ello, la parte recurrente no queda dispensada de acudir al cauce previsto en nuestro ordenamiento en base a la mera suposición de que el Tribunal Supremo no accederá a su pretensión, para después tachar este cauce de inadecuado».

B) Plazos

Conforme a una jurisprudencia reiterada, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario. Por tanto, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, con la salvedad de que las condiciones, en particular en materia de plazos, establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).

Por lo que respecta al principio de equivalencia no se advierten problemas, pues el cauce procesal y los plazos para el ejercicio de estas acciones son los mismos con independencia de que el error judicial se haya producido en relación con el Derecho interno o con el Derecho comunitario.

En lo relativo al principio de efectividad, se trata de determinar si los plazos y la interpretación jurisprudencial realizada puede considerarse excesivamente gravosa para obtener la reparación. A tal efecto, debe recordarse que existen dos plazos diferentes: a) por un lado el plazo para el ejercicio de la acción destinada a obtener la previa declaración de error judicial que *«deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse»* (artículo 293.1.a) de la LOPJ) teniendo en cuenta que *«no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento»* (artículo 293.1.f) de la LOPJ); b) por otra parte, la posterior acción ante la Administración para reclamar la indemnización de daños y perjuicios *«prescribirá al año, a partir del día que pudo ejercitarse»* (artículo 293.2 de la LOPJ).

El Tribunal Supremo⁶ ha afirmado que el plazo para exigir la declaración de error judicial tiene naturaleza civil y no procesal y, por lo tanto, es un plazo de caducidad y no de prescripción. También ha afirmado que su cómputo no se interrumpe por la interposición de un recurso improcedente o ante un Tribunal incompetente, considerando como tal la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁷. En el cómputo

⁶ STS, Sala Primera, Sección 1, de 10.3.2010 (rec. 6/2007).

⁷ En el ATS, Sala Cuarta, Sección 1, de 12.4.2010 (rec. 2/2010), tras afirmar que se trata de un plazo de caducidad, *«sin que dicho plazo de caducidad quede interrumpido por la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que en modo alguno resulta*

de este plazo no se descuentan los días inhábiles ni el mes de agosto⁸, pero su cómputo tan solo comienza a correr desde que la parte lo pudo ejercitar, considerando que la solicitud de aclaración de sentencia es un recurso procedente en cuanto permite rectificar los errores denunciados⁹.

La fijación de un plazo y la exigencia una actuación diligente de la parte es conforme con la jurisprudencia comunitaria, pues así lo ha reconocido el TJUE en su sentencia de 24 de marzo de 2009 (asunto *Danske Slagterier*, C-445/06) en la que se afirmó que *«El tribunal nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. 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 (sentencias de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros/Consejo y Comisión, C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061, apartado 33, y Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 85)... Sin embargo, sería contrario al principio de efectividad obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten»*.

Es cierto que se trata de un plazo breve pero ni el Derecho comunitario ni la jurisprudencia del TJUE han establecido un plazo concreto para el ejercicio de esta acción. Es por ello que el plazo ha de ponerse en relación con el tipo de acción que se ejercita y la finalidad que se persigue. Ya la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 10 de febrero de 2009 (rec. 553/2007) se planteó este problema llegando a la conclusión de que dicho plazo no resulta contrario al principio de efectividad, conclusión que comparto. En dicha sentencia se afirmaba que *«La acción está destinada a declarar la existencia de un error judicial*

exigible» (en este sentido, SSTC de 21.7.1992, rec. 1520/91, de 3.5.1994, rec. 2252/92, de 12.12.1997, rec. 4104/95 y la ya citada de 13.3.2001).

En el mismo sentido, la STS de 24.9.2001 (rec. 2465/2000) señala que: *«La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en la Sala de lo Civil como en la de lo Social, viene señalando que “el recurso de amparo no es uno de los comprendidos en el artículo 293.1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, ya que no se trata de recurso propiamente jurisdiccional y por ello no actúa el recurso de amparo como previo al pronunciamiento del error judicial»*.

⁸ STS, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 1.2.2010 (rec. 3/2009) remitiéndose a la sentencia de este mismo tribunal de 22.9.2008 (rec. 9/2006). Y en el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, Sección 1, de 1.3.2010 (rec. 7/2007).

⁹ La STS, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 5.6.2000 (rec. 1/1998) razona que *«el artículo 407 de la LEC establece que “en los casos en que se pida aclaración de una sentencia..., el término para interponer el recurso que proceda contra la misma sentencia se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración”. Norma ésta de Derecho común, y en consecuencia aplicable al presente supuesto, máxime cuando la norma básica sobre el recurso de aclaración es el artículo 267 de la LOPJ, y aquel artículo 407 de la LEC viene a complementar el mandato de la misma. Así pues, el plazo de tres meses que impone el artículo 293.1.a) de la LOPJ no puede empezar a correr –precisa– sino a partir del... día siguiente al de la notificación del Auto denegatorio de la aclaración, y, en consecuencia, es evidente que tal plazo no ha transcurrido»*.

referido a una sentencia firme que viene precedida... de un procedimiento judicial en sus diversas instancias en las partes han tenido la oportunidad de alegar y discutir sobre la aplicación y el alcance de la norma o del principio del Derecho comunitario que se considera infringido. Por otra parte, el error judicial cuya declaración se pretende se contrae a los supuestos más graves... y no a una mera discrepancia en la interpretación o aplicación de una norma o un principio dudoso, por lo que el plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia no puede considerarse un obstáculo que haga imposible o muy difícil la articulación de una acción destinada a argumentar lo que es patente y manifiesto».

Por otra parte, el plazo para ejercitar ante la Administración la acción de resarcimiento es de un año, y se configura como un plazo de prescripción. La sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2009 (asunto *Danske Slagterier*, C-445/06) al abordar el problema de los plazos para reclamar esta responsabilidad afirmó que es posible establecer plazos «razonables» que sean preclusivos, esto es, que se pierda la posibilidad de obtener la reparación si se deja transcurrir el plazo fijado al efecto por la legislación nacional, el principio de seguridad jurídica así lo exige, pero exige que esos plazos de prescripción deben fijarse por anticipado para que los particulares puedan conocer el plazo aplicable con un grado razonable de certidumbre.

La «razonabilidad» habrá de ser puesta en relación con la acción que se ejercita y en el caso que nos ocupa no parece irrazonable el plazo de un año para reclamar de la Administración los daños y perjuicios que el error judicial, previamente declarado, le ha causado, teniendo en cuenta que esta acción tiene por finalidad establecer tan solo el nexo causal entre el incumplimiento del Derecho comunitario y los daños y perjuicios producidos, y cuantificar y probar los daños y perjuicios producidos.

C) Requisitos sustantivos: el concepto de error judicial

Debo empezar por señalar que, tal y como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999 (asunto *Klaus Konle contra Republik Österreich*, C-302/97), la decisión sobre la eventual vulneración del Derecho comunitario les corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, utilizando los criterios fijados por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Corresponde, por tanto, analizar si se cumplen los requisitos sustantivos establecidos en la jurisprudencia del TJUE, a saber:

- 1º que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares;
- 2º que la violación esté suficientemente caracterizada;
- 3º que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados.

Estos requisitos son «necesarios y suficientes» para generar el derecho de

reparación. Deben, por tanto, concurrir «todos» ellos pero «solo» ellos (STJ de 30 de septiembre de 2003 en el asunto *Köbler*, C-224/01); no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos y la apreciación de estos requisitos varía en función de cada tipo de situación (sentencias de 5 de marzo de 1996 en los asuntos *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, apartado 51; de 2 de abril de 1998 en el asunto *Norbrook Laboratories*, C-127/95, apartado 107 y de 4 de julio de 2000 en el asunto *Haim*, C-424/97, apartado 36). De modo que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas (sentencia en los asuntos *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 65, y sentencia de 23 de mayo de 1996 en el asunto *Hedley Lomas*, C-5/94, apartado 30). Se ha considerado que se rompe el nexo de causalidad si se dan circunstancias como la fuerza mayor, la intervención de terceros o el comportamiento negligente, supuestos que no difieren de los establecidos en el Derecho español.

La reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido por éstos. A falta de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización, que no pueden ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones o acciones semejantes basadas en el Derecho interno y que, en ningún caso, pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación. Y no es conforme con el Derecho comunitario una normativa nacional que limite, con carácter general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. Por otra parte, la propia actuación del interesado ha de tomarse en consideración para establecer y, en su caso, cuantificar la reparación del daño reclamado. Y en este punto cobra especial importancia la diligencia razonable utilizada y los mecanismos de reparación¹⁰.

¹⁰ La STS, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 22.3.2010 (Recurso: 7/2009) introduce como criterio valorativo que debe tomarse en consideración la participación del perjudicado en la causación del mismo y la relevancia del error a los efectos de obtener un diferente resultado, en los siguientes términos: «*Por otra parte, a la hora de valorar la existencia del error judicial, ha de tenerse en cuenta la posible participación en él del perjudicado, lo que determina que haya de ponderarse si en él ha intervenido de forma relevante “el defectuoso planteamiento de las pretensiones” por parte de quien luego pretende su declaración (sentencias de la Sala de lo Civil de 13 de octubre de 2004 y 13 de diciembre de 2007). Además la pretensión de declaración de error ha de dirigirse a la indemnización del mismo por el Estado, lo que exige en todo caso que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 292.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por último el error tiene que ser también trascendente en orden al resultado final de la controversia en el sentido de que sin él la pretensión de la parte hubiera alcanzado éxito, pues en otro caso se rompe la relación de causalidad entre aquél y el eventual daño (sentencia de la Sala Primera de 8 de junio de 2005)*».

El principal problema interpretativo surge al precisar el concepto «violación suficientemente caracterizada»¹¹. La sentencia *Köbler* aclara que esta responsabilidad tan solo «puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable». De donde se extrae una conclusión inicial: se trata de una responsabilidad excepcional y tan solo puede exigirse en los supuestos en los que se infrinja de forma «manifiesta» el Derecho comunitario aplicable, sin que se produzca, por tanto, cuando se trata de meras discrepancias en la interpretación del Derecho o en el acierto del resultado alcanzado.

La jurisprudencia comunitaria permite que el Derecho nacional precise los criterios relativos a la naturaleza o al grado de infracción, lo que conlleva un cierto margen de libertad de los Estados miembros en la definición de los supuestos y de los requisitos que ha de tener la infracción del Derecho comunitario, en nuestro caso el error judicial que generó dicha infracción. Ahora bien, esta misma jurisprudencia destaca que no es posible imponer exigencias más estrictas que «las derivadas del requisito de una infracción manifiesta del Derecho aplicable».

A tal efecto, la sentencia *Köbler*, antes citada, establece una serie de pautas o de criterios que necesariamente debe tener en cuenta el juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por tal motivo. Así deberá atender, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, a los siguientes criterios:

- 1º El grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada.
- 2º El carácter intencional de la infracción y el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho.
- 3º La posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero.

Considerándose que «en todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del

¹¹ Con carácter general se ha sostenido en la jurisprudencia del TJUE que la concurrencia de este requisito depende en gran medida del margen de apreciación que dispusiera el Estado, pues si el Estado disponía de una facultad de apreciación amplia «el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de un Estado miembro de los límites impuestos a su facultad de apreciación» (véase STJ de 17.4.2007, as. A.G.M.–COS.MET Srl contra Suomen valtio y Tarmo Lehtinen, C-470/03) y, por el contrario, en el supuesto en que el «Estado miembro, en el momento en que cometió la infracción, disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido o incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada» (véanse STJ as. *Norbrook Laboratories*, antes citada, apdo. 109, y la jurisprudencia citada en ella).

Tribunal de Justicia en la materia (véase, en este sentido, la sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, apartado 57).

4º Finalmente, el error judicial en la infracción del Derecho comunitario puede producirse tanto a la interpretación de normas jurídicas como la apreciación de hechos o las pruebas, sin que pueda limitarse dicha responsabilidad a los casos de dolo o de culpa grave del juez (sentencia de 13 de junio de 2006, asunto *Traghetti del Mediterraneo Spa contra la República italiana*).

El problema se centra, por tanto, en determinar si el concepto de «error judicial»¹², cuya previa declaración constituye el presupuesto necesario en nuestro ordenamiento jurídico para exigir la responsabilidad del Estado por las decisiones judiciales que sean contrarias al Derecho comunitario, se acomoda a tales exigencias.

Para ello ha de empezar por recordarse que en el Derecho español (a diferencia de lo que sucede en otros Estados) no existe una definición legal de lo que se entiende por «error judicial», ni de los supuestos en los que concurre. La delimitación de este concepto y de su alcance es fruto de una creación jurisprudencial.

El hecho de que sea la jurisprudencia y no una norma legal la que precisa el alcance del concepto «error judicial» no impide que el Estado sea el responsable por el incumplimiento del Derecho comunitario imputable a las decisiones de sus tribunales de justicia, pues tal y como ha señalado la sentencia del TJUE de 9 de diciembre de 2003 *Comisión contra Italia* (C-129/00), cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente, en donde se incluye la interpretación que de las disposiciones legales realicen los órganos jurisdiccionales nacionales, siempre que no se trate de decisiones aisladas o muy minoritarias dictadas en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. Pero, sí resulta exigible cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste¹³.

¹² Para profundizar en el concepto de «error judicial» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo consultar CORDOBA CASTROVERDE, D., «El concepto de error judicial y el cauce para exigirlo en la jurisprudencia», *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, 2010, nº 3, pp. 6-11.

¹³ En este mismo sentido se pronuncia la STJ de 12.11.2009, as. *Comisión c. España* (C-145/08). Y en la sentencia de 26.1.2010, as. *Transportes Urbanos y Servicios Generales* (C-118/08) se planteó por el Abogado del Estado que la posible disconformidad con el Derecho comunitario podría venir dada no por la legislación española sino por la jurisprudencia española y que ésta podría cambiarse, pero el Tribunal obvió esta objeción y entró a conocer de la cuestión prejudicial planteada.

¿El concepto «error judicial» aplicado por nuestros tribunales cumple estas exigencias?

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia es muy abundante y reiterada y ha sido sintetizada en la sentencia STS, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 1 de febrero del 2010 (recurso 3/2009) en los siguientes términos:

«Esta Sala del artículo 61 de LOPJ, en su sentencia de 4 de julio de 2005 (rec. 5/2004), subraya que las líneas generales de la Sala sobre el error judicial parten de la idea fundamental de que la vía que establecen los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es un nuevo cauce para examinar críticamente las conclusiones de una resolución judicial firme de la que se discrepa, sino que es únicamente un medio para hacer posible la reparación de un daño que ha sido provocado por una decisión judicial que de forma manifiesta e incuestionable ha incurrido en un enjuiciamiento equivocado. De ahí que la doctrina de esta y de otras Salas del Tribunal Supremo exija que el error sea “palmario, patente, manifiesto, indudable” (sentencia de 16 mayo 1989 de la Sala Segunda) y tan inequívoco que no pueda hacerse cuestión de su existencia, no pudiendo utilizarse este procedimiento para combatir “interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas” (sentencia de 13 abril 1988 de la Sala Primera)».

Y en la sentencia de esta misma Sala Especial de 30 de junio de 2005 (rec. 4/2005), sintetizando la jurisprudencia sobre el error judicial [sentencias de 13 de abril de 1998 (autos 14/1995), 30 de junio de 1999 (20/1997), 5 de junio de 2000 (15/1998) 12 de mayo de 2001 (15/2000), 21 y 25 de noviembre de 2002 (5/2001 y 1/2002), 6 de noviembre de 2003 (13/2001), 21 de enero de 2004 (9/2002) y 2 de junio de 2004 (9/2003)], acoge los siguientes criterios interpretativos:

a) La demanda de error judicial en ningún caso puede constituir una nueva instancia o recurso para que la parte pueda insistir ante otro Tribunal en las pretensiones y argumentos que ya le fueron rechazados anteriormente, ni un claudicante recurso de casación contra resoluciones que no tienen legalmente reconocida tal vía de impugnación.

b) Sólo un error indisciplinable y exento de toda lógica puede dar lugar al error cualificado previsto en el artículo 292 LOPJ; y éste sólo existe cuando se produce un desajuste objetivo e indudable entre la realidad fáctica o jurídica y la resolución judicial que lleva a ésta a conclusiones ilógicas, irracionales o que contradicen lo evidente, bien sea por partir en sus consideraciones jurídicas de unos hechos radicalmente distintos de los que constituyen el soporte de la propia resolución, bien por haber aplicado un precepto legal absolutamente inadecuado, o haber interpretado el aplicable en forma que no responda, de modo evidente, a ningún criterio válido y admisible en Derecho.

c) Quedan pues fuera del ámbito propio del error judicial las meras discrepancias con las resoluciones en que el órgano judicial mantiene un criterio racional y explicable dentro de las reglas de la hermenéutica jurídica, lle-

gando a interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico, por mucho que esté en oposición con la postura del demandante.

d) Por último, si no cabe, normalmente, combatir en nombre del error judicial la interpretación que de las normas realicen los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad que, con carácter exclusivo, les reconoce el artículo 117.3 de la Constitución, cuanto más inviable será dicha pretensión cuando la exégesis que se pretende equivocada haya emanado del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, se convierte en fuente complementaria del ordenamiento jurídico».

A la vista de estos criterios procede analizar el cumplimiento de los requerimientos exigidos en la jurisprudencia comunitaria.

1. *Infracción manifiesta del Derecho aplicable*

La jurisprudencia comunitaria exige una infracción «manifiesta» del Derecho aplicable para que concurra la responsabilidad por incumplimiento de Derecho comunitario, añadiendo que para ello habrá que tenerse en consideración la claridad y precisión de la norma vulnerada.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo, en una reiteradísima jurisprudencia, exige que el error sea «*palmario, patente, manifiesto, indudable*» (Sentencia de 16 mayo 1989 de la Sala Segunda) y tan inequívoco que no pueda hacerse cuestión de su existencia, no pudiendo utilizarse este procedimiento para combatir «*interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas*» (sentencia de 13 abril 1988 de la Sala Primera). Suele referirse a un error «*craso, evidente e injustificado*» y «*manifiesto*», descartándose el mero desacierto en casos dudosos o la discrepancia de la parte en la interpretación o aplicación del Derecho comunitario.

En definitiva, ha de tratarse de un error patente, indubitado e incontestable e, incluso, «flagrante» y no un mero desacierto el que origina el deber de indemnizar los daños causados.

Comparando en este punto la jurisprudencia comunitaria con la emanada de nuestro Tribunal Supremo no considero que exista una discrepancia sustancial en la naturaleza de la infracción que origina la responsabilidad por error, pues el término «infracción manifiesta» del Derecho aplicable, puede considerarse equivalente a los utilizados en nuestra jurisprudencia «error patente, indubitado o manifiesto»; y en ambos casos se toma en consideración la claridad o precisión de la norma inaplicada. Lo cierto es que, al margen de la profusión de adjetivos tales como «manifiesto», «patente» «flagrante», el alcance del error manejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no discrepa en lo esencial con el alcance que se le ha dado en la jurisprudencia comunitaria en la que se habla de «*una violación suficientemente caracterizada*», o que «*presenta un carácter manifiesto*».

2. *Carácter intencional de la infracción e inexcusabilidad del error de Derecho*

El carácter intencional de la infracción incluye, desde luego, las actuaciones dolosas o gravemente negligentes, pero la referencia a la inexcusabilidad del error engloba también un concepto más amplio que permite incluir aquellas infracciones del Derecho comunitario que quedan fuera de todo proceso lógico y racional convirtiéndose en una actuación inexplicable. No comprende, sin embargo, la mera discrepancia de la parte litigante con el resultado obtenido, cuando éste sea consecuencia de un proceso lógico.

En este punto tampoco se aprecia una divergencia con la jurisprudencia española en la que se viene exigiendo que se trate de un *«error craso, evidente e injustificado y no se utilice como una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente»*. En dicha jurisprudencia se repite de forma insistente que *«no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica»*, *«ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico»*.

3. *Interpretación del Derecho, apreciación de hechos y pruebas*

Tal y como hemos tenido ocasión de señalar, la sentencia de 13 de junio de 2006 (asunto *Traghetti del Mediterraneo Spa contra la República italiana*) exige que la infracción no solo puede producirse en la interpretación de normas jurídicas sino también en la apreciación de hechos o las pruebas, sin que pueda limitarse dicha responsabilidad a los casos de dolo o de culpa grave del juez. De modo que no sería conforme con esta jurisprudencia una legislación nacional o una jurisprudencia reiterada que limitase la responsabilidad por error judicial a los supuestos en los que se exigiese una concurriese dolo o culpa grave o que excluyese de su ámbito de aplicación los errores manifiestos en la apreciación de los hechos o valoración de las pruebas.

Tampoco se aprecia divergencia alguna en este punto, pues nuestro Tribunal Supremo de forma reiterada¹⁴ ha sostenido que el error judicial se produce con *«la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley»*; o que puede *« dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico »*. Ahora bien, *«...no toda posible equivocación en el establecimiento de los hechos o en la aplicación del Derecho es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados»*¹⁵; *«no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la*

¹⁴ La jurisprudencia es abundantísima, cabe citar entre otras las SSTS de 13.1.1998, 26.6.1999, de 18.7.2005 y 18.10.2006, y más recientemente la STS, Sala Tercera, Sección 6ª, de 30.5.2007, entre otras muchas.

¹⁵ En este sentido STS, Sala Cuarta, Sección 1ª, de 13.2010 (rec. 7/2007), y STS, Sala Primera, Sección 1ª, de 11.3.2010 (rec. 16/2007).

falta de interés jurídico, conceptos introductorios de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador» (sentencias, entre otras, de 4 de octubre de 2006, 30 de mayo de 2007 y 13 de octubre de 2008).

Nuestra jurisprudencia cumple, a mi juicio, dicha exigencia al admitir la posibilidad de que exista un error judicial no sólo en la interpretación y aplicación del Derecho sino también en la apreciación de los hechos en los que sustenta el debate y en la apreciación de las pruebas practicadas, desvinculándose de los conceptos de culpa o dolo del juez o tribunal, que no resultan exigibles para que el error pueda ser apreciado.

4. *Desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia*

Mayores problemas plantea el cumplimiento de esta exigencia.

No conozco ningún supuesto en los que se haya apreciado la existencia de un error judicial por desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia. No estamos ante una cuestión menor, pues ello implica que podría apreciarse un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado cuando un tribunal de última instancia «desconozca manifiestamente» la jurisprudencia del TJUE.

En general no se ha venido considerando como un supuesto de «error judicial» el desconocimiento de la jurisprudencia existente. Es más, en alguna ocasión se ha llegado a afirmar¹⁶ que *«si no cabe, normalmente, combatir en nombre del error judicial la interpretación que de las normas realicen los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad que, con carácter exclusivo, les reconoce el artículo 117.3 de la Constitución, cuanto más inviable será dicha pretensión cuando la exégesis que se pretende equivocada haya emanado del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, se convierte en fuente complementaria del ordenamiento jurídico»*, postura que entraría en abierta contradicción con la jurisprudencia comunitaria.

Existen, sin embargo, algunos pronunciamientos que abren la posibilidad de apreciar la existencia de un error judicial por el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia emanada del TS en un recurso de interés de ley, doctrina que, a mi juicio, sería perfectamente trasladable a los supuestos en los que se desconozca inaplique la jurisprudencia emanada del TJUE. En tal sentido se pronunció la sentencia STS, Sala Tercera, Sección 2, de 18 de enero del 2005 (recurso: 8/2003) afirmando que *«El carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional es, desde luego, incuestionable a tenor del artículo 100.7, in fine, de la Ley de la Jurisdicción y de la propia finalidad del recurso de casación en interés de Ley que atiende a la preservación del principio de seguridad jurídica (artículo 9 CE). Por consiguiente, era obligado para el Juzgador de instancia seguir la interpretación reali-*

¹⁶ STS, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 1.2.2010 (rec. 3/2009) en la que se citan la sentencia de esta misma Sala de 4.7.2005 (rec. 5/2004).

zada por la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 del artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social.

El error necesario para la responsabilidad derivada de la previsión del artículo 293 LOPJ, no coincide, es cierto, con cualquier interpretación equivocada de la norma. Es preciso que concurran las notas que, según la expresada doctrina, cualifican el error; pero en el presente caso han de entenderse presentes tales circunstancias, si se toma en consideración que la propia parte recurrente, en su escrito de conclusiones, alude de manera expresa a la doctrina legal contenida en la reiterada sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 que resulta ignorada en la resolución del Juzgado a la que se imputa el error.

Dicho en otros términos, no se trata de una interpretación alternativa que se asiente en un criterio literal de la norma, ni de una mera inadvertencia de la doctrina legal, sino de una clara contradicción con la tesis que, sobre el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, estaba claramente expuesta en una sentencia de este Tribunal dictada en recurso de casación en interés de la ley a la que estaba vinculado el Juez y que fue explícitamente sometida a su consideración por la demandante».

Debe precisarse, no obstante, que el desconocimiento de la jurisprudencia exigido ha de ser «manifiesto», lo que parece conectarse con la existencia de una jurisprudencia consolidada que resulte claramente aplicable al supuesto enjuiciado y que, pese a ello, se ignore. Este incumplimiento habrá de ser apreciado, sin duda, caso por caso, y parece exigible una participación activa de la parte que pretenda ejercer una acción de responsabilidad del Estado por la inaplicación de una jurisprudencia comunitaria, de modo que la haya invocado como relevante a lo largo del procedimiento, pues no sería lógico sostener que la parte que no invocó dicha jurisprudencia ni suscitó debate alguno sobre la misma pueda beneficiarse de su pasividad para después reclamar el resarcimiento de los daños que el pronunciamiento del tribunal de justicia le ha generado, cuando dicha jurisprudencia comunitaria que no ha sido traída al procedimiento ni ha sido objeto de debate.

D) Especial referencia al no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación

Especial importancia tiene otro de los supuestos en los que la sentencia Köbler ha considerado que existe una «violación suficientemente caracterizada»: *«el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero».*

Este supuesto nos obliga a realizar una reflexión sobre los casos en los que el no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación puede generar la responsabilidad del Estado-juez.

Dado que la responsabilidad patrimonial sólo se produce de forma excepcional, y está reservada para los casos de incumplimiento manifiesto, estas mismas exigencias deben mantenerse en los casos referidos al no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación. Este supuesto no

opera de forma autónoma, sino que debe apreciarse conjuntamente con los demás requisitos exigidos por la jurisprudencia para llegar al convencimiento de que el incumplimiento del Derecho comunitario fue manifiesto, no sólo porque el Tribunal pudo evitarlo sino también porque estaba obligado a ello, utilizando los mecanismos de consulta prejudicial establecidos en el artículo 234 del TCE.

Esta conclusión resulta, por otra parte, conforme con la jurisprudencia comunitaria que viene sosteniendo, de forma reiterada, que la remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa depende en su totalidad de la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión, por lo que no puede extraerse la conclusión de que en todos los supuestos en los que un tribunal nacional no plantea una cuestión prejudicial de interpretación, aunque su planteamiento hubiese sido conveniente, nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado-juez por incumplimiento del Derecho comunitario.

La responsabilidad patrimonial puede producirse en los supuestos más evidentes, en los que se ha dejado de aplicar una norma comunitaria, se ha interpretado en un sentido contrario a toda lógica jurídica o se ha apartado de la jurisprudencia existente, incumpliendo así el deber de uniformidad del Derecho comunitario que se produce por la negativa del tribunal nacional de plantear una cuestión prejudicial de interpretación cuando por los datos y antecedentes de que disponía era procedente una determinada interpretación o aplicación del Derecho comunitario de la que se aparta, de forma injustificada e irrazonable, sin plantear cuestión prejudicial de interpretación.

No parece, sin embargo, que pueda abarcar aquellos casos en los que el Tribunal nacional no considera necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación por entender que la norma comunitaria resulta clara en su interpretación y aplicación sin que existan antecedentes ni datos que permitan presumir lo contrario. La mera solicitud de parte, rechazada por el Tribunal, de elevar una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE no puede conllevar automáticamente el nacimiento de una responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, pues ello convertiría en obligatorio el planteamiento, desvirtuando la capacidad de apreciación que el Tribunal ostenta en esta materia.

E) ¿Qué papel desempeña el Tribunal Constitucional Español?

A la vista de los criterios fijados en la jurisprudencia comunitaria no pasa desapercibida la especial importancia que tienen los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para advertir y, en su caso, remediar el incumplimiento del Derecho comunitario, especialmente en los supuestos de falta de planteamiento de una cuestión prejudicial cuando ello resulte necesario, evitando así la posterior reclamación de responsabilidad contra Estado por tal motivo. Y es aquí en donde cabe preguntarse sobre el papel

que desempeña el Tribunal Constitucional en esta materia desde una doble perspectiva: la posibilidad de apreciar la vulneración de un derecho fundamental por incumplimiento del Derecho comunitario; y la posibilidad de plantear por sí mismo una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario ante el TJCE.

1. *El recurso de amparo como mecanismo reparador del no planteamiento de una cuestión prejudicial*

Mucho se ha discutido sobre la viabilidad del recurso de amparo y, consiguientemente, sobre la función que el Tribunal Constitucional puede cumplir para apreciar la lesión de un derecho fundamental basado precisamente en el no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El Tribunal Constitucional se venía mostrando reticente a ello considerando que *«La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es pues, una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo»* al tratarse de *«un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan (STC 49/1988)»*. Jurisprudencia de la que se desprendía que el no planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas era un tema de legalidad ordinaria, ajeno al recurso de amparo, y que bastaba para no entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el tribunal motivase que no albergaba dudas sobre la interpretación de la normativa comunitaria invocada o sobre su inaplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio.

La situación descrita cambió con la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 abril, al considerar que cuando *«la decisión de inaplicar el Derecho interno (en ese caso una Ley autonómica) por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea... en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, pues esta otra preterición del sistema de fuentes era absolutamente imprevisible para la demandante de amparo»*. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, tras recordar su reiterada jurisprudencia en la que se afirmaba que la decisión de no plantear cuestión prejudicial al amparo del artículo 234 TCE *«no implica per se la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento»*, afirma que *«la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediadamente la lesión del citado derecho fundamental»*. Y ello lo fundamenta en dos razones básicamente:

a) El Tribunal Constitucional es el competente para *«revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno»* de los derechos fundamentales y libertades públicas [STC 64/1991, de 22 marzo, FJ 4 a)].

b) Al igual que el constituyente quiso sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución... por corresponder de forma exclusiva la depuración del ordenamiento legal al Tribunal Constitucional, *«El eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías...»*. Y añade *«por tanto, a este Tribunal no le corresponde resolver en el presente asunto si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquella en beneficio de ésta sino, única y exclusivamente, si el Juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías (artículo 24,2 CE; en sentido idéntico, pero con relación al principio de igualdad, STC 64/1991, de 22 marzo, FJ 4, a), o, por el contrario, estaba obligado previamente a plantear la cuestión prejudicial interpretativa prevista en el artículo 234 TCE en orden a dejar inaplicado el Derecho español»*.

Y para ello razona *«Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda –a los efectos ahora considerados– no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quien podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el Derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 TCE»*. Tal constatación le lleva a afirmar que el tribunal ordinario, en su actuación como juez comunitario, cometió un «exceso de jurisdicción» pues si la ley post-constitucional es contradictoria con el Derecho comunitario sólo puede ser inaplicada, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE. También considera que esta forma de actuar vulnera el sistema de fuentes existente relativo al control de normas tanto por negarse a aplicar el 234 TCE.

Pero el Tribunal Constitucional fue mucho más lejos, y en la STC 194/2006, de 19 de junio de 2006 afirmó que ante la existencia de una contradicción entre una ley nacional vigente y una norma comunitaria el *«órgano judicial no podía dejar de aplicarla sin plantear, o bien cuestión de inconstitucionalidad, ... o bien cuestión prejudicial, si estimaba que la regulación establecida... era contraria al Derecho comunitario, pues, conforme al art. 234 del Tratado constitutivo de la*

Comunidad Europea, “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”». Y añadía más adelante. «Por otra parte (siempre que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria), el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (art. 103 CE) y de los Tribunales (art. 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática».

Esta doctrina era bastante perturbadora, pues si bien es cierto que el juez nacional no puede dejar de aplicar una ley postconstitucional cuando la considere contraria a la Constitución sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad (el control constitucional concentrado así lo exige), la situación es radicalmente diferente cuando de lo que se trata es de inaplicar una ley nacional por su contradicción con el derecho comunitario. En este último caso, el juez nacional si considera que la norma comunitaria es clara y está en abierta contradicción con la ley nacional, pero no resulta contraria a la Constitución, ni está obligado a plantear cuestión prejudicial, porque no tiene dudas interpretativas de la norma comunitaria ni sobre su validez, ni está obligado a plantear cuestión de inconstitucionalidad porque no se trata de apreciar una eventual contradicción entre la Ley y la Constitución.

El Tribunal Constitucional con esta doctrina situaba al juez en una encrucijada de difícil solución, pues estando obligado a inaplicar la norma nacional cuando entrase en contradicción con una norma clara de derecho comunitario en virtud del principio de primacía de derecho comunitario, en un correcto entendimiento del sistema de selección de fuentes para determinar la norma preferente aplicable al caso, el Tribunal Constitucional consideraba que precisamente se vulneraba el sistema de fuentes establecido si se inaplicaba directamente la norma nacional sin plantear una cuestión prejudicial de interpretación (no se sabe muy bien con qué contenido y respecto de qué duda interpretativa) o una cuestión de inconstitucionalidad (tampoco se sabe muy bien con qué contenido).

Esta doctrina implicaba, además, que el Tribunal Constitucional estaba dispuesto a ejercer un cierto control sobre la aplicación que los órganos judiciales ordinarios hacen del Derecho comunitario y revisar la suficiencia y/o la justificación de la claridad de la norma comunitaria que se aprecia por el tribunal ordinario tanto para dejar de aplicar la norma nacional por el principio de primacía como para no plantear cuestión prejudicial de interpretación al TJUE.

Esta jurisprudencia se ha modificado recientemente en la STC 78/2010, de 20 de octubre. En ella, el Tribunal avoca el asunto a Pleno precisamente con la finalidad de «*fixar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006, de 19 de junio*».

La sentencia, en esta ocasión, sí establece una distinción, cuando de la inaplicación de una norma legal postconstitucional se trate, entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial de derecho comunitario. La primera, como es lógico, resulta necesaria para dejar de aplicar una ley cuando se considera contraria a la Constitución. Pero cuando se trata de dejar de aplicar una ley por su contradicción con el derecho comunitario ya no establece la exigencia de acudir ni a la cuestión prejudicial comunitaria ni a la cuestión de inconstitucionalidad. A tal efecto afirma «*Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 19991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria*».

Parece desprenderse que el juez nacional puede dejar de aplicar la ley nacional cuando resulte contraria al derecho comunitario si no tiene dudas interpretativas ni existe jurisprudencia comunitaria contraria a su aplicación y tan solo se vulneraría el artículo 24 de la Constitución, por infracción del sistema de selección de fuentes aplicables, cuando conforme a los presupuestos fijados por la jurisprudencia comunitaria estuviese obligado a plantearla. No queda claro, sin embargo, si el Tribunal Constitucional entrará o no a determinar si concurren o no los presupuestos para plantear la cuestión prejudicial comunitaria, pues si por un lado se afirma que «el planteamiento de la cuestión prejudicial solo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario», lo que parece dar a entender que cuando tales presupuestos no concurren podría entrar a conocer por vía de infracción del art. 24 de la Constitución; por otro lado, afirma que la concurrencia de estos presupuestos «corresponde apreciarla a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria».

La solución que se dé a este problema resulta relevante pues ya en alguna ocasión¹⁷, aunque de forma muy aislada, se ha considerado que el deman-

¹⁷ SAN, Sala Contencioso, Sección 3ª, de 20.3.2007 (rec. 916/2004).

dante que funda su reclamación en el supuesto incumplimiento del Derecho comunitario por no haberse planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE «debería haber atacado las decisiones que desestimaron su pretensión en este sentido mediante el correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» llegándose, incluso, a argumentar que el Tribunal Constitucional podría haberla planteado de haberse acudido a la jurisdicción constitucional.

2. *¿Puede y debe el Tribunal Constitucional plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario?*

El problema fue abordado por DÁMASO RUIZJARABO¹⁸ en su artículo «El Tribunal Constitucional Español como juez comunitario» afirmando que el Tribunal Constitucional es tan juez comunitario como los demás en la medida en que, para ejercer su potestad, tenga que tener en cuenta el alcance y el contenido de una norma de Derecho comunitario y, como tal, deberá dirigirse al Tribunal de Justicia si se dan los presupuestos que el artículo 234 CE dispone al efecto¹⁹.

A juicio del citado autor el máximo intérprete de la Constitución puede seguir dos caminos: 1º) Si no tiene ninguna duda de cómo funciona la interacción entre el Derecho comunitario y las normas internas, porque el alcance de aquel primero le aparezca claro y nítido, sin ninguna vacilación, una vez comprobado que el juez ordinario ha resuelto el litigio desvinculándose del sistema de fuentes, deberá analizar si este apartamiento ha vulnerado el derecho fundamental invocado. 2º) Si por la naturaleza de la norma comunitaria –una Directiva– o por los términos de sus proposiciones no tiene clara su interpretación y la posibilidad de su aplicación e invocación directas, deberá suspender el curso del proceso y, como «juez comunitario prejudicial a efectos constitucionales», interrogar al Tribunal de Justicia sobre el particular²⁰.

Otro aspecto interesante del problema lo constituye la posición del Tribunal Constitucional cuando la vulneración de los derechos fundamentales se achaca, no al desconocimiento del Derecho comunitario, sino, precisamente, a su aplicación. En otras palabras, cuando, por hipótesis, la lesión o su germen se encuentran en el propio orden jurídico de la Comunidad.

El citado autor realiza unas interesantísimas reflexiones sobre este punto, considerando que pueden darse dos posibilidades: 1ª) que la lesión provenga directamente de una disposición o de un acto de Derecho derivado

¹⁸ D. DÁMASO RUIZJARABO, fue durante muchos años y hasta su fallecimiento el brillante Abogado General de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

¹⁹ «Los Tribunales Constitucionales ante el Derecho comunitario», en *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial, nº 95, 2006, pp. 185-201.

²⁰ Véase STJ, de 6.10.1982, as. Cilfit (283/81). Esta posición es la del Tribunal Constitucional austriaco (sentencia B 877/96, de 26.6.1997 –VfSlg. 14886–), que, en resolución de 10.3.1999 (B 2251, 2594/97) interrogó al Tribunal de Justicia, considerándose una jurisdicción en el sentido del artículo 177, párrafo tercero, del Tratado CE.

adoptado por las instituciones comunitarias en el ámbito de las competencias que le han sido transferidas por los Estados miembros en virtud de los Tratados; y 2ª) que el derecho fundamental sea conculcado por una disposición nacional que se limita a trasponer el Derecho comunitario a su ordenamiento jurídico o mediante un acto adoptado por sus autoridades en el proceso de aplicación de la norma europea.

En el primer supuesto RUIZ JARABO afirma que es el Tribunal de Justicia el competente para tutelar el derecho fundamental y expulsar del orden jurídico el acto o la disposición que lo vulnera, pues ostenta el monopolio para declarar la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden examinar la validez de un acto comunitario, pero carecen de competencias para disponer su nulidad y así lo han declarado varios Tribunales Constitucionales europeos.

El problema fundamental surge respecto de la segunda hipótesis, el control de la disposición o del acto interno que se limita a trasponer o a reproducir la norma comunitaria corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales. Control que conforme a los criterios de reparto de jurisdicciones y de competencias propios, por lo que si la lesión del derecho fundamental se achaca a una ley o a una disposición con fuerza de ley, será el Tribunal Constitución el encargado del enjuiciamiento y, en su caso, del eventual repudio de la norma legal inconstitucional.

Merecen destacarse por su importancia las reflexiones que el citado autor dedica a este problema afirmando que:

«Ahora bien, en esta situación, en la que la vulneración del derecho fundamental es consecuencia necesaria de la trasposición, el virus no nace en la norma nacional, sino que viene ya incubado desde el Derecho comunitario. Es verdad que, tratándose de una ley nacional, el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de su rechazo, pero no cabe olvidar que la lesión ha sido importada desde fuera y que, para emitir el juicio y adoptar la decisión, puede ser necesaria la interpretación de la norma extraña, en cuyo caso, si no están presentes las excepciones a la obligación de dirigirse al Tribunal de Justicia, el máximo intérprete de la Constitución debe plantear una cuestión prejudicial de interpretación.»

Es posible que esa interpretación del Derecho comunitario no sea necesaria para comprender el alcance de la norma interna y que estén presentes las circunstancias que, conforme a la jurisprudencia Cifit, excepcionan la obligación de dirigirse al Tribunal de Justicia. Aun así, puede resultar aconsejable que el Tribunal Constitucional plante una cuestión prejudicial de validez. Al fin y al cabo, la norma comunitaria es presupuesto de la nacional y, si la primera desaparece, queda allanado el camino para declarar la nulidad de la segunda. Se evitaría así que, mediante la anulación de la ley interna por inconstitucional y la pervivencia de la disposición comunitaria y de otras nacionales que la hayan incorporado a los sistemas jurídicos de otros Estados miembros, se rompa la unidad y coherencia del orden jurídico comunitario y, con él, del proceso de integración europea.»

Coincido plenamente con las reflexiones realizadas por este autor y con las conclusiones a las que llega.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión puede sostenerse que nuestro ordenamiento cumple, en general, y al margen de interpretaciones restrictivas que se puedan producir en supuestos concretos las exigencias fijadas en las sentencias del TJUE referidas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario imputable a los tribunales de justicia. Existen, no obstante, determinados aspectos que será preciso revisar:

- a) El exceso de adjetivos que tienden a utilizarse, algunos de ellos tal vez exagerados, para calificar la naturaleza de la equivocación o infracción que se precisa para incurrir en error judicial.
- b) No se contempla como supuesto causante del error el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia, exigencia que en lo referente a la jurisprudencia procedente del TJUE se advierte como necesaria en la consideración de lo que en definitiva puede constituir un error judicial por desconocimiento manifiesto del Derecho comunitario que pueda dar lugar al resarcimiento por los daños y perjuicios causados.
- c) Los Tribunales españoles, según se viene afirmando de forma reiterada, plantean pocas cuestiones prejudiciales de interpretación²¹, lo que pueda dar lugar al nacimiento de una responsabilidad patrimonial cuando el planteamiento sea necesario, y su pasividad pueda generar daños y perjuicios.
- d) Se advierte una cierta indefinición en la posición del Tribunal Constitucional en el extremo referido al planteamiento de cuestiones prejudiciales que será preciso aclarar en futuros pronunciamientos.

²¹ Según los datos de los que dispongo España desde su entrada en la Unión Europea hasta octubre de 2010 ha planteado 222 cuestiones prejudiciales.