

«RETROSPECTIVA Y ALCANCE ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR»

"THE RESPONSIBILITY OF THE LEGISLATOR: A RETROSPECTIVE AND
PROSPECTIVE STUDY".

Miguel Ángel Ruiz López

Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Supremo
Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidad Complutense)

RESUMEN: *La denominada responsabilidad del Estado-legislador comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrear la obligación de resarcimiento. La primera parte del trabajo tiene por objeto el examen de la jurisprudencia recaída sobre la materia, dando cuenta, en forma retrospectiva, de la evolución experimentada desde las tímidas formulaciones iniciales hasta la situación actual, con la finalidad de levantar acta del estado de la cuestión en la doctrina del Tribunal Supremo, en la que pueden advertirse innumerables pronunciamientos. No menor es la importancia que reviste la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que constituye un inapelable título jurídico de imputación por los daños causados a los particulares como consecuencia de la vulneración del Derecho de la Unión, en estrecha relación con los principios vectores de ese ordenamiento supranacional: la eficacia directa y la primacía.*

PALABRAS CLAVE: responsabilidad patrimonial; Estado-legislador; leyes inconstitucionales; infracción del Derecho Comunitario.

ABSTRACT: The so-called responsibility of the legislator includes all those cases whose common denominator is an economically assessable damage resulting from legislative activity that entails an obligation to provide compensation. This paper aims to analyze the impact of the Spanish Supreme Court case law in these matters, both retrospectively and prospectively. It is equally important to consider the liability of the Member States for non-implementation of Community law, which constitutes a legal title in order to require liability for damage caused to individuals as a result of the infringement of Union law, in close relationship with vectors principles of that supranational system: direct effect and primacy.

KEY WORDS: State responsibility; legislator; unconstitutional law; breach of Community law.

Recepción original: 25/04/2013

Aceptación original: 26/04/2013

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL CARÁCTER EXPANSIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.- II. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR.- III. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR.- 1. *Un repaso de la jurisprudencia hasta la aprobación de la Ley 30/1992.*- 2. *El art. 139.3 de la Ley 30/1992: su interpretación jurisprudencial.*- IV. LAS LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES.- 1. *La tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar.*- 2. *El pase a segunda actividad del personal del Cuerpo Nacional de Policía.*- 3. *El menoscabo patrimonial derivado de la aplicación a un proceso laboral por despido de un Real Decreto-ley inconstitucional.*- 4. *Significado de la declaración de inconstitucionalidad y las debilidades del sistema de responsabilidad del Estado-legislador.*- 5. *La cuestión del plazo para reclamar y el dies a quo.*- V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.- 1. *Introducción.*- 2. *Requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual.*- 3. *La articulación del Derecho de la Unión Europea y del Derecho interno en materia de responsabilidad por incumplimientos comunitarios: la STS de 17 de septiembre de 2010 (rec. 153/2007).*- VI. LEYES QUE IMPONEN SACRIFICIOS O CARGAS ESPECIALES: EL CASO DE LAS LEYES URBANÍSTICAS

I. INTRODUCCIÓN: EL CARÁCTER EXPANSIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La obligación de reparar los daños causados por los poderes públicos a los sujetos particulares constituye una de las piedras de toque del Estado de Derecho, proclamado en el art. 1.1 de la Constitución española (en adelante, CE). La otra es el principio de legalidad. Ya decía HAURIUO que «hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocados: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio»¹. En efecto, sin la «garantía patrimonial» difícilmente podría hacerse efectivo el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), que exige el establecimiento de instrumentos y cauces jurídicos que posibiliten el ejercicio por los particulares del derecho a ser resarcidos de toda inmisión directa o indirecta, voluntaria o incidental, que experimenten en su patrimonio².

Son dos las instituciones jurídico-públicas ideadas para contrarrestar las actuaciones, realizadas por cualquiera de los poderes públicos, que inciden negativamente sobre la esfera patrimonial de los individuos: la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial,

¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 12ª ed., 2011, pág. 369.

² J. A. SANTAMARÍA PASTOR encuadra el principio de garantía patrimonial entre los principios que integran la cláusula del Estado de Derecho, siendo además la base del sistema de economía de mercado que proclama el art. 38 CE, que no sería tal si las Administraciones pudieran desconocer libremente los *property rights* (vid. *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, Iustel, Madrid, 2ª ed., págs. 64 y ss).

plasmadas en los arts. 33.3 y 106.2 CE, y es que la incidencia dañosa de la actividad pública en la esfera del particular no se agota en el instituto expropiatorio, sino que coexiste con otro instituto igualmente esencial: la responsabilidad patrimonial, que tiene por objeto la cobertura de los daños residuales, no deliberadamente causados, que desencadena el funcionamiento de los servicios públicos, y que desde su conformación moderna en nuestro Derecho de la mano de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF), presta cobertura a toda la actividad dañosa imputable a las Administraciones, ya actúen con sometimiento al Derecho Público, ya al Derecho Privado (art. 144 de la Ley 30/1992; en adelante, LPC).

El carácter expansivo con el que todavía se interpreta la responsabilidad patrimonial no solo ha propiciado un incesante aluvión de reclamaciones formuladas por los ciudadanos, sino que, en lo que aquí interesa, ha implicado una extensión a ámbitos inicialmente exentos. Es más, hace tiempo que se viene discutiendo sobre el significado y alcance de la aplicación del régimen tradicional de la responsabilidad administrativa a los demás poderes del Estado, y, en concreto, sobre la posibilidad de cubrir los daños realizados por la actividad de los órganos legislativos (Cortes Generales y Parlamentos autonómicos), dando lugar a la denominada responsabilidad del Estado-legislador.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR

La denominada responsabilidad del Estado-legislador comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrear la obligación de resarcimiento; definición que revela las dificultades que entraña esta institución. De un lado, no son ni mucho menos inequívocos los perjuicios que pueden derivarse del contenido de las disposiciones contenidas en las Leyes. De otro lado, tampoco resulta pacífica la cuestión de la exigibilidad de la indemnización. Es más, la exagerada liberalidad con la que se ha admitido la responsabilidad del legislador en la práctica de los Tribunales contencioso-administrativos no siempre ha estado acompañada de la necesaria reflexión³, sino que, por el contrario, la jurisprudencia ha dado muestras de sus muchas dudas y contradicciones a lo largo del tiempo en innumerables pronunciamientos que abordan la responsabilidad del legislador en ámbitos

³ Un sector de la doctrina encabezado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se ha mostrado sumamente crítico con una «desbordante» y «generosa» jurisprudencia a la que no presta demasiado apoyo el Derecho Comparado y que estaría mal fundada (*vid. Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 424-429).

extraordinariamente diversos (tributario, urbanístico, medio ambiente, personal, puertos, costas, etc.), en correspondencia con el alcance indiscriminado con el que se ha formulado la teoría de la responsabilidad del Estado-legislador.

Algunos problemas derivados de la compleja imputación de responsabilidad patrimonial al Estado-legislador guardan un paralelismo con las que presenta la responsabilidad económica de la Administración, que ha sido afrontada y resuelta, tarde o temprano, por la mayoría de los países y, particularmente, en España, donde se ha acogido, con indisimulada satisfacción, una solución favorable a la responsabilidad directa y objetiva de la Administración. Es más, entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la que ahora se examina existe un elemento común: un daño, que parte de la premisa de la imputación a los poderes públicos de su actividad lesiva, y que se traduce en la transformación en un valor económico. Se puede afirmar que la responsabilidad despliega un doble efecto en ambos casos: disuasorio de todo comportamiento susceptible de producir un daño y reparador del daño efectivamente ocasionado.

No obstante, mientras que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, contenida en la actualidad en los arts. 139 y ss. LPC, ha sido bien recibida tanto por la doctrina⁴ como por la jurisprudencia, la hipotética responsabilidad económica del Estado-legislador, derivada de la aplicación de las Leyes, suscita no pocas dudas, toda vez que, a diferencia de la actividad administrativa, que actúa fiduciariamente en ejercicio de las potestades que la Ley confiere a la Administración, el legislador -las Cortes Generales y, en el marco de las competencias autonómicas, los Parlamentos autonómicos- representa al pueblo, en quien reside la soberanía, lo cual impregna su actuación⁵. Es más, mientras que la

⁴ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 2007.

⁵ Sobre la tradicional exención de responsabilidad del Parlamento puede verse ALONSO GARCÍA, M^a C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 24 y ss., quien ha explicado que esta inmunidad tradicional de los Parlamentos por los perjuicios derivados de sus Leyes se ha anudado a dos factores que revelan la diferente posición del Poder legislativo y del Poder ejecutivo. De una parte, la Ley no podrá ser calificada de injusta ni el Parlamento de culpable, debido a la posición e independencia del Poder legislativo. De otra parte, la generalidad predicable de la Ley excluye la configuración de los perjuicios de ella derivados como especiales o particulares, los cuales están reservados al instituto expropiatorio. J. F. MESTRE DELGADO (vid. «La responsabilidad del Estado legislador», *Cuadernos de Derecho Judicial* II, 2004, pág. 106) reconoce que la imputación de daños al legislador es chocante para el jurista, pues atendiendo a la formación histórica de la significación de las Leyes, desde la Declaración de Derechos y Libertades del Hombre y del Ciudadano de 1789 [conforme a su art. 4, «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley», que constituye «la expresión de la voluntad general» –art. 6–, y que contiene las limitaciones admisibles en la sociedad a la libertad del individuo –cfr. arts. 5 a 8 de la Declaración–], son

Constitución recoge expresamente, en su art. 121, una previsión específica sobre la responsabilidad del Estado-juez, desarrollada ulteriormente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, nada dice, sin embargo, acerca de la responsabilidad del Estado-legislador, cuya única apoyatura jurídica se sustenta en la regla, ciertamente crítica y no exenta de riesgos, contenida en el art. 139.3 LPC. Es más, las dificultades de imputar responsabilidad patrimonial al Estado-legislador no desaparecen si se atiende a dos circunstancias: 1) un reexamen del principio de la garantía patrimonial permitiría la integración mimética del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a partir de sus rasgos definidores, así que la determinación de los requisitos sustanciales del daño, como la antijuridicidad, quedaría vinculada a las determinaciones del propio Legislador, que en la actualidad se encuentran encorsetadas en el art. 139.3 LPC, y 2) la imputación de responsabilidad patrimonial al Parlamento se sujeta a una previa declaración de la antijuridicidad que debe realizar el Tribunal Constitucional.

No menor es la importancia que reviste en la actualidad la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que constituye un inapelable título jurídico de imputación por los daños causados a los particulares como consecuencia de la vulneración del Derecho de la Unión, en estrecha relación con los principios vectores de ese ordenamiento supranacional: la primacía y la eficacia directa, y que desde la STS de 17 de septiembre de 2010 (rec. 373/2006) se define como la «cláusula de cierre del sistema que regula las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales», al garantizar la plena eficacia del ordenamiento comunitario y la tutela judicial efectiva de los particulares, al ver reparados los perjuicios que les causa la infracción o incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de las autoridades nacionales.

III. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR

1. Un repaso de la jurisprudencia hasta la aprobación de la Ley 30/1992

Los primeros pronunciamientos que permitieron ofrecer una cobertura, siquiera ocasional, a los sujetos particulares privados de sus bienes y derechos como consecuencia de la

ellas las que fijan las limitaciones que deben soportar los ciudadanos. Como decía E. LAFERRIÈRE «la Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que se pueda reclamar de ella ninguna compensación» (*vid. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1888, reimpresión de la LGDJ, 1989, vol. II, págs. 12 y ss.).

aplicación de disposiciones legislativas, contenidos en las sentencias de 22 de mayo de 1970, 1 de febrero y 12 de noviembre de 1971, 30 de septiembre de 1972 y 29 de enero de 1974, relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el texto refundido de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, tuvieron como fundamento el deber de reparación que deriva del ejercicio de la potestad expropiatoria⁶. La expansión de la cláusula del art. 1 LEF condujo, de manera inevitable, a excluir la responsabilidad patrimonial del Estado en cuanto legislador, descartando la indemnización por los daños de naturaleza no expropiatoria causados por la aplicación de la Leyes. En puridad de conceptos, como todavía no estaba aprobada la Constitución no existía un mecanismo de enjuiciamiento de la Ley, limitándose a las normas reglamentarias y a las emanadas de la Administración.

Los primeros pronunciamientos del TS que examinan la responsabilidad derivada de la promulgación de Leyes recaen con ocasión de determinadas expresiones del Tribunal Constitucional –en declaraciones formuladas *obiter dicta*, realmente- contenidas en las sentencias 108/1986, de 29 de junio, 99/1987, 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril, al enjuiciar la constitucionalidad de las normas relacionadas con la reducción de la edad de jubilación de jueces y magistrados, funcionarios públicos y profesores de EGB. El TC había aludido a que si bien la modificación legal no es disconforme con la Constitución, sí origina una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que «pueden merecer algún género de compensación»⁷.

Aquellas primeras sentencias del TS estuvieron dirigidas a determinar el órgano administrativo competente para resolver dichas reclamaciones, declarando la Sala que, ante la

⁶ La doctrina que por entonces apoyó esta interpretación amplia del art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa estaba encabezada por J. LEGUINA VILLA (*vid.* «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por él mismo y M. SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 413); A. NIETO GARCÍA (*vid.* «Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa», *RAP* nº 38 (1962), pág. 116 y R. MARTÍN MATEO [*vid.* «La posición del asegurador privado ante las nacionalizaciones del sector», *Revista de Derecho Mercantil* nº 124 (1972), págs. 164 y 165]).

⁷ El TC declaró la inexistencia de expropiación alguna de hipotéticos derechos adquiridos de Jueces y Magistrados «en la medida en que, como se ha dicho reiteradas veces, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a Jueces y Magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria». Estas declaraciones incidentales se dirigían en realidad al Legislador y contenían declaraciones de justicia material, según destacó J. LEGUINA VILLA (*vid.* «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», *cit.*, págs. 411-412). Como señala la STS de 30 de noviembre de 1992, y después otras muchas resoluciones, «tal expresión [en referencia a “algún género de compensación”] no supone, por el modo verbal empleado, el reconocimiento de un derecho a indemnización, ya que más bien se trata de una reflexión dirigida al propio legislador».

ausencia de previsión legal sobre la responsabilidad, dicha competencia había que entenderla residenciada en el máximo órgano del ejecutivo, es decir, el Consejo de Ministros. Y es que las reclamaciones inicialmente se habían dirigido en algunos casos ante el Consejo General del Poder Judicial, Gobernadores Civiles y otros órganos de la Administración Pública.

Pero más allá de aquellos pronunciamientos no se reconoció una suerte de responsabilidad cuando el daño fuese producido por una Ley. En efecto, pese a que el TS aludió a las referencias contenidas en la doctrina constitucional mencionada, no se justificó la admisión de derecho a indemnización, como revelan la sentencia de 10 de junio de 1988 –relativa a la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977⁸–, la sentencia de 11 de octubre de 1991 (rec. 85/1987) –Pedro Domecq, S.A.⁹– o la de 30 de noviembre de 1992 (rec. 46/1989) –anticipación de la edad de jubilación de funcionarios–. Esta última sentencia enjuicia ya el fondo de la denominada responsabilidad del legislador, consolidando una línea jurisprudencial denegatoria que se fundamenta en una declaración importante para el devenir de esta clase de responsabilidad, y es que para construir la responsabilidad del legislador es preciso «un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones». Si se considera, a título de hipótesis, que el art. 9.3 CE respalda la responsabilidad del legislador y es inmediatamente aplicable, hace falta «fijar las normas aplicables para determinar en qué casos y cuáles habrían de ser los requisitos para exigir esa responsabilidad».

⁸ Fue dictada a resultas de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios presentada por una empresa que, ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones derivadas de aquella Ley –entre las que se encontraba la readmisión de trabajadores despedidos–, por hallarse incurso en liquidación, hubo de reembolsarles determinadas cantidades. El Tribunal Supremo especifica que el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, interpretado de forma progresiva y expansiva por los órganos de la jurisdicción, resulta aplicable a «los órganos de la Administración», no así a las consecuencias producidas por una norma con rango de Ley declarada correcta constitucionalmente.

⁹ Se dictó con ocasión de la promulgación de varias Leyes (la Ley de 30 de noviembre de 1979, la Ley de 26 de diciembre de 1981, el Real Decreto-ley de 29 de diciembre de 1982 y la Ley de 11 de noviembre de 1988), que le habrían producido perjuicios a esa entidad mercantil, toda vez que se adoptaron medidas tributarias en relación con el impuesto especial de determinadas bebidas alcohólicas, prohibiéndose la publicidad de dichas bebidas y añadiéndose nuevas restricciones en materia de publicidad de bebidas que rebasaran determinada graduación alcohólica. Su interés reside en que admite la responsabilidad del Estado-legislador siempre que concurren los presupuestos alternativos que cita: medidas legislativas de carácter expropiatorio; Leyes declaradas inconstitucionales y producción de perjuicios graves que «merezcan algún tipo de compensación». Sin embargo, acaba negando que exista ningún derecho al resarcimiento, al no poderse encuadrar el supuesto en ninguno de los anteriores. La sentencia concluye declarando que «se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando "merezcan algún género de compensación" de los perjuicios económicos –graves y ciertos– que irroge al particular una ley constitucional y no expropiatoria», que se basaría en los arts. 9 CE y 40 LRJAE, pero esta tercera vía no alcanzaría a las Leyes de naturaleza tributaria, ya que «si su exacción fuera indemnizable dejarían de ser tributos».

A partir de este momento se suceden múltiples sentencias que se refieren a daños emanados de la aplicación de normas legales constitucionales. Solamente en muy contados casos se efectúan pronunciamientos reconociendo responsabilidad. De forma destacada así ocurrió con la eliminación de la exención arancelaria de cupos de pesca a consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Europea. Entendió el TS que se habían quebrantado los principios de buena fe y confianza legítima, dado que la Administración había desarrollado inmediatamente antes de esa fecha una acción de fomento lesionando anteriores derechos adquiridos (STS de 5 de marzo de 1993, rec. 1.318/1990)¹⁰, calificando la actuación administrativa, en función de esos derechos adquiridos de los recurrentes, como una auténtica actuación expropiatoria merecedora de compensación conforme a lo dispuesto en el art. 33 CE (STS de 27 de junio de 1994, rec. 300/1988).

Asimismo, la STS de 17 de febrero de 1998 (rec. 327/1993) señala que no puede descartarse la existencia de responsabilidad aun tratándose de actos legislativos (en este caso, la Ley balear de Declaración de Determinados Espacios como Área Natural de Especial Interés), suscitando igualmente el problema de la aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima. El TSJ de Baleares había planteado en la instancia una cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 28/1997, de 13 de febrero, que reconoce que, no obstante el silencio de la Ley sobre la procedencia de una indemnización, ello no significa que se vulnere el art. 33.3 CE, sino que este extremo se someterá al régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos «que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos». Otro tanto cabe decir de las SSTS de 8 de octubre de 2008 (rec. 5.578/1992) –*Texaco*- y 9 de octubre del mismo año (rec. 5.609/1992) –*Shell*-, que acordaron la indemnización por los daños causados a los recurrentes como consecuencia de la aplicación de la Ley canaria 5/1986, de 28 de julio, por la que se estableció el Impuesto Especial de dicha Comunidad Autónoma sobre Combustibles Derivados del Petróleo, toda vez que se estableció un tributo sin considerar las posibles situaciones jurídicas individualizadas preexistentes; en particular en lo relativo al combustible ya adquirido en la refinería, que tuvo que venderse a precios más bajos con motivo de la introducción del nuevo régimen fiscal¹¹.

¹⁰ Vid. los comentarios de esta sentencia de F. GARRIDO FALLA: «A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador», *REDA* nº 81 (1994), págs. 111 y ss., y T. QUINTANA LÓPEZ: «La responsabilidad del Estado legislador», *RAP* nº 135 (1994), págs. 103 y ss.

¹¹ No ha estado exento de críticas el reconocimiento del derecho de los recurrentes a ser indemnizados en una cantidad dineraria por la ruptura del principio de seguridad jurídica y de confianza legítima depositada en la inmutabilidad de las normas jurídicas. Por todos, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado

2. El art. 139.3 de la Ley 30/1992: su interpretación jurisprudencial

Siguiendo estos primeros pronunciamientos del TS, que siguen la estela de la sentencia de 30 de noviembre de 1992, se aprobó la Ley 30/1992, cuyo art. 139.3 -dentro del título dedicado a la responsabilidad de las Administraciones Públicas- reconoce la obligación de indemnizar a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos¹². Así pues, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, la responsabilidad nacida de actos legislativos puede derivarse bien del carácter expropiatorio de la norma –supuesto en el cual son aplicables los principios del instituto expropiatorio (art. 33.3 CE)-, o bien del art. 139.3 LPC, en caso de aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria y siempre que concurren los requisitos establecidos en el mismo; muy especialmente cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

El art. 139.3 LPC, que se dictó soslayando los múltiples inconvenientes que derivan de la exégesis del art. 9.3 CE¹³, resulta ciertamente perturbador, pues interpretado *sensu contrario* parece decir que la responsabilidad por los daños causados por una Ley no expropiatoria queda excluida cuando así se prevea en la misma o cuando no se contemple la

Legislador», *RAP* nº 159 (2002), págs. 173 y ss., recopilado más tarde en su monografía *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson Civitas, Madrid, 2ª ed., 2007, págs. 32 y ss. En esta línea, J. F. MESTRE DELGADO (*vid.* «La responsabilidad del Estado legislador», cit., pág. 179), señala que «la incorporación de este principio para construir un régimen de responsabilidad del Legislador, aplicable sobre leyes válidas, ajustadas a la Constitución, y de contenido no expropiatorio, que dosifica la Jurisdicción, entraña una alteración de la competencia legislativa, del ámbito de decisión del Legislador, que bien puede producir efectos indeseados».

¹² Un examen completo de este precepto puede encontrarse en ALONSO GARCÍA, M^a C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, cit., págs. 63 y ss., quien concluye que el art. 139.3 LPC es insuficiente en la regulación de la responsabilidad del Estado-legislador, apuntando a la omisión de toda referencia al concepto de lesión o de daño, al inconveniente de imputar la responsabilidad derivada de las Leyes a los órganos encargados de su aplicación ordinaria –particularmente conflictiva en un sistema de distribución de competencias- y a la cuestión del encaje de nuestro ordenamiento jurídico en el Derecho comunitario europeo.

¹³ Se ha considerado el art. 9.3 CE no sirve de fundamento a la responsabilidad patrimonial del legislador, siendo destacada la posición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de la "responsabilidad de los poderes públicos" según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», en *REDC* nº 67 (2003), págs. 25 y ss., quien declara lo siguiente: «Mi opinión es radicalmente diferente: el principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del Legislador (...) sino que es una alusión inequívoca (...) al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben "dar cuenta" a éste de su gestión y responder de la objetividad de la misma».

correspondiente reparación¹⁴. La interpretación más razonable es que, dejando a un lado los supuestos de las Leyes de naturaleza expropiatoria, habrá que estar a lo que dispongan las propias Leyes¹⁵. El problema de fondo es con qué alcance se reconoce –si es que ha de reconocerse a partir de un precepto de rango legal- esta posible indemnización, y es que un examen de la jurisprudencia del TS durante estos últimos doce años, desde 2000 a la actualidad, revela que se han flexibilizado y ensanchado considerablemente los márgenes del art. 139.3 LPC, reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador incluso en la hipótesis en la que las disposiciones legales causantes de los perjuicios omiten cualquier alusión a la posible indemnización (STS de 29 de febrero de 2000, rec. 49/1998). Es más, la jurisprudencia más reciente se refiere de forma decidida a un «núcleo indisponible» para el legislador, de suerte que la ausencia de regulación legal no enerva el derecho a exigir responsabilidad por los daños ocasionados por los poderes públicos [SSTS de 26 y 27 de noviembre de 2009 (rec. 585/2008 y 603/2007), y 30 de noviembre de 2010 (rec. 824/2009)].

En síntesis, la interpretación que ha efectuado el TS del art. 139.3 LPC se puede resumir en tres ideas esenciales:

1) Ha acabado reconociendo que la responsabilidad patrimonial por actos del legislador sí está contemplada en el art. 9.3 CE, además de en el art. 139.3 LPC, que se remite a lo que se establezca en los propios actos legislativos [SSTS de 18 de mayo de 2000 (rec. 559/1996) y

¹⁴ Vid. J. LEGUINA VILLA: «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», cit., págs. 408 y ss. «Cabe preguntarse –sostiene el autor- si el precepto que ahora comentamos era necesario, pues no parece dudoso que, antes de su alumbramiento, el legislador ya podía hacer lo que esta Ley le permite hacer: fijar medidas de reparación o compensación por los perjuicios que los cambios legislativos pueden ocasionar a determinados círculos de destinatarios». En ese sentido, en opinión de L. MARTÍN REBOLLO el precepto «establece que, como regla, no hay responsabilidad derivada de actos legislativos salvo que así se establezca en dichos actos. Pero que parece decir lo contrario cuando parte de la afirmación positiva (hay responsabilidad solo cuando así se establezca) que sugiere, en una primera lectura, un criterio más amplio que el que en verdad estaba en la mente del legislador. Por eso mismo, porque no era preciso plasmar una previsión similar, al incorporarse en la Ley 30/1992 resulta perturbadora» (vid. «Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 556, Año XII, de 5 de diciembre de 2002).

¹⁵ Para GARRIDO FALLA «se trata de un precepto de redacción equívoca, que se apoya en principios jurídicos discutibles y que, sobre todo, es probablemente inconstitucional. La Ley debería haber admitido al menos, redactada en forma positiva: a) el derecho a indemnización por los daños causados por los actos de aplicación de una ley que luego sea declarada inconstitucional (equivalente al mal funcionamiento del servicio o, si se prefiere, a la indemnización por ilegalidad del acto administrativo); y b) asimismo el derecho a indemnización por aplicación de leyes cuyos efectos dañosos rompan el principio de igualdad de cargas ante la Ley (por ejemplo, si por consecuencia de directivas comunitarias europeas se ordena por ley que se arranquen una parte de los viñedos españoles)» [vid. «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», *REDA* n° 77 (1993), págs. 125 y ss.]

25 de febrero de 2011 (rec. 4.367/2006)]¹⁶. Incluso el silencio de la Ley sobre la procedencia de una indemnización no constituye necesariamente una vulneración de la Constitución, como reconoció la STC 28/1997, lo que obliga a indagar sobre la finalidad de cada Ley a fin de constatar si existe un «propósito indemnizatorio», como ha venido reiterando la jurisprudencia¹⁷. Ello suscita, indudablemente, el problema de la jurisdicción competente, ya que se asigna a la jurisdicción contencioso-administrativa una competencia que parece reservada al TC, como han manifestado voces críticas con esta jurisprudencia¹⁸.

La reciente STS de 25 de febrero de 2011 (rec. 4.367/2006) constituye una buena muestra de la vuelta de tuerca de la exégesis del principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos, al reconocer que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, y que el Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. Aunque el legislador goza de un importante margen de maniobra pudiendo configurar los mecanismos de garantía, no puede crear «espacios inmunes fundados en la ausencia de regulación». De ahí el sometimiento al principio de responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional (STS de 26 de noviembre de 2009, rec. 585/2008) y del Defensor del Pueblo (STS de 27 de noviembre de 2009, rec. 603/2007).

2) El art. 139.3 LPC establece que, salvo en los supuestos de Leyes de naturaleza expropiatoria, en los demás habrá que estar a lo que establezcan las propias Leyes. En este sentido es preciso distinguir dos supuestos. El primero atañe a las normas de carácter

¹⁶ Como declara esta última sentencia, reiterada en la de 27 de mayo de 2011 (rec. 1.472/2007), «dicha doctrina se asienta, prima facie en el principio de responsabilidad de los poderes públicos, principio positivizado al máximo nivel en el artículo 9.3º de la Constitución Española y que tiene un valor normativo directo, sirviendo para estructurar, junto con otros, todo el sistema jurídico-político de nuestro Estado».

¹⁷ Por todas, la sentencia de 13 de marzo de 2001 (rec. 5.541/1998) señala que «se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemniza (...)».

¹⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ mantienen en este punto la falta de jurisdicción de jueces y tribunales contencioso-administrativos para declarar válidamente la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, ya que conforme al art. 106.1 CE les corresponde exclusivamente controlar «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa». Si la Ley en cuestión es anulada por el Tribunal Constitucional, corresponde a este último fijar el alcance de la decisión, a la que puede conferir un alcance *pro futuro* o prospectivo (*vid. Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 428-429). Por su parte, ALONSO GARCÍA, M^a C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, cit., pág. 125, aunque partidaria, en principio, de excluir la responsabilidad ante el silencio del legislador, considera que en el caso de las Leyes inconstitucionales y de las que impliquen un atentado a los principios de seguridad jurídica o de confianza legítima, el Tribunal Constitucional o, indistintamente, el juez ordinario, podrán, al margen de la voluntad legislativa, «aplicar las reglas jurisprudencialmente elaboradas para dar satisfacción a esta pretensión en cumplimiento del mandato del art. 9.3 CE».

expropiatorio, en cuyo caso siempre procederá, en principio, una indemnización. El segundo, a las normas que implican una regulación legal del contenido del derecho de propiedad; supuesto en el que la indemnización vendrá excluida por la propia naturaleza de la norma.

3) El concreto supuesto al que se refiere el art. 139.3 LPC no se refiere ni a la Ley expropiatoria ni a la Ley delimitadora de derechos, sino a los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así lo establezcan los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. De este precepto se desprende la existencia de responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres «suficientemente singularizados e imprevisibles, como para que aquellos puedan considerarse intermediados o relacionados con la actividad de la administración llamada a aplicar la Ley», según señalan la citada STS de 18 de mayo de 2000 y otras muchas posteriores¹⁹.

Pues bien, llegados a este punto, conviene parar mientes en el análisis de los supuestos prototípicos de responsabilidad del Estado-legislador que en la práctica vienen a nutrir el repertorio de jurisprudencia. A saber: las Leyes declaradas inconstitucionales y la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, sin perjuicio de realizar alguna consideración adicional en materia de urbanismo por tratarse de un ámbito paradigmático en el que las Leyes imponen sacrificios o cargas especiales.

IV. LAS LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES²⁰

1. La tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar

¹⁹ Como ha venido manteniendo el TS desde las sentencias de 5 de marzo de 1993 (rec. 1.318/1990) y de 27 de junio de 1994 (rec. 300/1988), al reconocer en los casos enjuiciados la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones -que se vieron frustradas- basándose en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno que a ello estimulaban, es necesario apreciar si existió un sacrificio particular de derecho o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas; conceptos todos ellos estrechamente relacionados con el principio comunitario de confianza legítima, que si bien no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente ni reconoce una suerte de derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja, sí permite contrarrestar la ausencia de medidas transitorias y proporcionadas, o de carácter corrector o compensatorio, cuando se alteran las circunstancias económicas habituales, estables y previsibles que generan esperanzas fundadas de mantenimiento.

²⁰ Este es el supuesto que con seguridad ha recibido mayor atención de la doctrina y también de la jurisprudencia, que en pocos años ha transformado radicalmente los planteamientos más tradicionales y reticentes al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, no sin algunos titubeos y alguna contradicción puntual. Se analizan a continuación los supuestos más emblemáticos.

La STS de 29 de febrero de 2000 (rec. 49/1998) aborda por vez primera la responsabilidad fundada en la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal: concretamente el art. 38.2.2 de la Ley 5/90 de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que estableció el gravamen complementario sobre la tasa fiscal de los juegos de suerte, envite o azar. La citada sentencia realiza unas afirmaciones que todavía hoy sorprenden, debido a sus hondas repercusiones sobre los planteamientos tradicionales acerca de la cosa juzgada y los actos firmes y consentidos. La sentencia señala que «la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada» y que la exigencia de responsabilidad no altera el contenido del acto administrativo determinante de la liquidación, que «sigue manteniendo todos sus efectos», entendiendo que la aplicación de la Ley inconstitucional así declarada por el TC determina la antijuridicidad del propio acto administrativo; y ello a pesar de que en el caso enjuiciado había existido un pronunciamiento previo con eficacia de cosa juzgada desestimatorio de la pretensión de anulación de la liquidación, considerando la Sala que con ello «el perjuicio causado quedó consolidado al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la Ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en vía contencioso administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional».

A dicha sentencia siguieron la de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998), donde se insistió en que «el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la Ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados», y la de 15 de julio de 2000 (rec. 736/1997), que fija los criterios que habían de ser reiteradamente mantenidos a través de una larga serie de pronunciamientos. En esencia, se parte de la distinción entre la acción de responsabilidad y la impugnación del acto, pero afirmando que «es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, los actos también quedarán afectados de idéntico vicio invalidante». Se señala asimismo que, en el supuesto de que la sentencia constitucional que declara la concreta inconstitucionalidad de la norma no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales ante quien se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las Leyes y los principios generales del Derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia.

2. El pase a segunda actividad del personal del Cuerpo Nacional de Policía

Una cuestión semejante se suscitó con ocasión de diversas reclamaciones de indemnización por los perjuicios causados a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía como consecuencia del pase a segunda actividad en virtud de Disposición Adicional 20ª de la Ley 37/1998, de 28 de diciembre, que fue declarada inconstitucional y nula por la STC 234/1999, de 16 de diciembre, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco. Una vez declarada dicha inconstitucionalidad, dicho Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la declaración de pase a segunda actividad, reconociendo el derecho a percibir de la Administración demandada la retribución correspondiente a la situación de primera actividad, minorada en las retribuciones percibidas en ese período e incrementadas con el interés legal correspondiente.

Numerosas sentencias del TS, empezando por la de 17 de julio de 2003 (rec. 115/2002), han utilizado el mismo argumento que en el caso de la tasa fiscal mencionada con anterioridad, considerando que el pronunciamiento del TC «no puso límite alguno a su declaración en cuanto a la afectación de las situaciones que hubieran nacido bajo su vigencia». El TS concluye que la lesión se produjo porque el demandante, de estar en situación de activo, pasó a la de segunda actividad, con las consecuencias profesionales y económicas que de ese hecho derivaban. El daño alegado cumplía los requisitos legales para ser susceptible de indemnización, sin que existiera para el recurrente el deber jurídico de soportar ese perjuicio, ya que el mismo «lo produjo una Ley posteriormente declarada inconstitucional». La razón esgrimida para acceder a dicha pretensión fue que las Leyes gozan de una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad, sin que los particulares ostenten la acción de inconstitucionalidad de las Leyes. El hecho de no haber recurrido en su momento el acto administrativo no impide formular después una reclamación por responsabilidad patrimonial. Se dice que la interpretación contraria supondría imponer a los particulares la carga de impugnar, en vía administrativa, primero, y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, después, todos los actos dictados en aplicación de la Ley, y que el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la Ley inconstitucional no puede tampoco deducirse del transcurso de los plazos de prescripción establecidos para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto administrativo.

3. El menoscabo patrimonial derivado de la aplicación a un proceso laboral por despido de un Real Decreto-ley inconstitucional

El Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, suprimió la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario opta por la extinción de la relación laboral, siendo declarado inconstitucional y nulo por la STC 68/2007, de 28 de marzo. La STS de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008) es la primera de muchas en reconocer una indemnización por los perjuicios irrogados por la aplicación de la Ley declarada inconstitucional, sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución. Lo ordenado en los arts. 161.1.a) CE y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) no impide, a juicio del TS, el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, no existiendo identidad, en el supuesto enjuiciado, entre los bienes jurídicos cuya protección se demanda: en el proceso fenecido lo era el derecho o derechos derivados de una concreta situación o relación jurídica y en el nuevo proceso lo es el de ser indemnizado por los daños ocasionados en su patrimonio por un tercero que no tenía el deber de soportar.

4. Significado de la declaración de inconstitucionalidad y las debilidades del sistema de responsabilidad del Estado-legislador

De la evolución bosquejada se desprende, en cierto modo, que la jurisprudencia ha forzado el reconocimiento de una responsabilidad del Estado-legislador por razones de justicia material soslayando varios inconvenientes de consideración, merced a un cambio de criterio que, en gran medida, es tributario, como se analizará después, del fenómeno de la inserción del Derecho de la Unión europea en el ordenamiento jurídico español. En concreto, se ha otorgado carta de naturaleza a la responsabilidad del legislador distinguiendo entre la exigencia de responsabilidad, por una parte, y la validez y eficacia del acto administrativo, por otra. Es decir, que cabe exigir la primera sin cuestionar la segunda. El reconocimiento de la responsabilidad ni afecta ni modifica el acto administrativo, cuya validez y eficacia no se cuestionan²¹.

²¹ La configuración de una responsabilidad de esta naturaleza encuentra aquí una de sus más significativas debilidades. De hecho, existe un voto particular del Magistrado Puente Prieto a la STS de 13 de noviembre de 2006 (rec. 55/2005), en el cual se formulan a este respecto las siguientes interrogaciones retóricas: «¿Cómo puede afirmarse que el acto administrativo permanece? ¿Qué acto administrativo -hueco y vacío de contenido y efectos- es ese que se dice que pervive? ¿en base a qué título se obliga al Gobierno de la Administración del Estado a efectuar una auténtica devolución de ingresos que puede no haber ingresado previamente en la Administración tributaria estatal?».

Por otra parte, desde hacía varios años –en concreto desde la sentencia de 11 de octubre de 1991 (asunto Pedro Domecq, rec. 85/1987)-, el TS venía afirmando, bien que en pronunciamientos aislados como ese, que la responsabilidad del Estado-legislador puede tener «su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley», que nace «de una actividad antijurídica del Poder Legislativo», añadiendo un tercer supuesto fundado en la sola referencia *obiter dicta* que el TC hizo -al enjuiciar el cambio de la edad de jubilación- a una posible compensación, concluyendo que «se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización». Asimismo, en la sentencia de 22 de febrero de 2000 (rec. 84/1996), con motivo de una acción de responsabilidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, se señala que si la Ley no declara nada acerca de la responsabilidad los Tribunales pueden indagar en la «ratio legis» o voluntad tácita del legislador para poder así definir si procede declararla.

En contraste con esa jurisprudencia, el propio TS también había dicho que no bastaba el enunciado genérico del art. 9.3 CE, sino que resultaba necesario un «previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles» (la citada sentencia de 30 de noviembre de 1992). Y en este escenario irrumpió el art. 139.3 LPC, que ha sido interpretado en el sentido de que la ausencia en la norma con rango de Ley que lo reconozca y especifique no excluye el derecho a la indemnización en dos supuestos: 1) cuando la Ley es declarada inconstitucional, pues por definición una Ley así contiene, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado; y 2) cuando el órgano jurisdiccional, indagando en la voluntad tácita la *ratio legis* del legislador, deduce del acto legislativo, siquiera sea de modo presunto, un propósito indemnizatorio al constatar la producción de una lesión o daño real y efectivo en los bienes o derechos de los particulares al margen de la potestad expropiatoria²².

No menos espinoso es el tema de los efectos de las SSTC que declaran la inconstitucionalidad de una Ley, debido al inconveniente que puede suponer para el ejercicio de la acción de responsabilidad lo previsto en los arts. 161.1.a), inciso final, de la Constitución, y 40.1, inciso final, de la LOTC, que establecen algunos límites a la eficacia *ex tunc* de las declaraciones de inconstitucionalidad. Como precisa la STS de 18 de septiembre

²² SSTC de 18 de octubre de 2001 y 17 de junio de 2009, dictadas, respectivamente, en los rec. 447/1998 y 944/2005.

de 2003 (rec. 122/2002), es relevante para determinar la posible existencia de responsabilidad del Estado-legislador la declaración expresa del TC acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia. Mientras que los supuestos de ausencia de declaración permiten a los Tribunales ordinarios pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial y fijar una indemnización que permita compensar los daños causados por el acto de aplicación de la Ley inconstitucional, no ocurre lo mismo cuando el TC excluye cualquier tipo de acción revisoria. He ahí la dificultad. En la jurisprudencia constitucional se ha especificado que, ante la falta de previsión expresa en la Constitución y en la LOTC sobre la determinación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, corresponde al propio TC «la tarea de precisar su alcance en cada caso» (STC 45/1989). Es, por tanto, al máximo intérprete de la Constitución a quien corresponde esa competencia. Asumido el monopolio del TC en relación con los efectos del fallo, el problema se circunscribe al eventual silencio sobre la cuestión²³. El problema se muestra en toda su magnitud si se advierte que esta jurisprudencia abre dos cauces procedimentales simultáneos y eventualmente sucesivos: la petición de reclamación de daños y perjuicios basada en la inconstitucionalidad de una norma y la impugnación del acto administrativo firme, cuando lo cierto es que en ambos casos se pretende la devolución de los ingresos indebidos o la indemnización por los salarios dejados de percibir, con el agravante de que si la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley determina el alcance de su decisión, pueden no ser susceptibles de revisión aquellas situaciones que no han adquirido firmeza por no haberse impugnado en tiempo y forma o no haber recaído una resolución administrativa o judicial²⁴, mientras que, por el contrario, si el TC no se pronuncia sobre el alcance de la existencia de responsabilidad patrimonial los

²³ La doctrina no ha ahorrado críticas a lo que podríamos llamar una auto-atribución de competencias por parte de la jurisdicción. E. GARCÍA DE ENTERRÍA analizó esta cuestión crucial en su trabajo «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», REDA nº 117 (2003), págs. 95 y ss., recogido en su monografía *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, cit., págs. 118. Asimismo, en opinión de J. LEGUINA VILLA, tanto si el TC declara expresamente la eficacia de su fallo con efectos pro futuro, como «si guarda silencio y nada dice del alcance temporal de su fallo ni de la reparabilidad de los perjuicios que la ley inconstitucional haya podido producir, la ejecución de la sentencia constitucional no comporta derecho alguno al resarcimiento» (vid. «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», cit., págs. 414-415). Conviene traer a colación otro argumento utilizado por M. BELADIEZ ROJO, y es que la conservación de los actos y los efectos producidos por una norma inconstitucional contraviene el principio de constitucionalidad del art. 9.1 CE, pues, en opinión de la autora, la lógica interpretación de los arts. 39 y 40.1 LOTC es que los mismos impiden la revisión de los actos que hayan sido objeto de un proceso cuya sentencia tenga el valor de cosa juzgada, salvo los supuestos enumerados en el mismo precepto (vid. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 342 y ss.).

²⁴ Así lo declara la STS de 27 de mayo de 2011 (rec. 1.472/2007), que acaba desestimando el recurso porque la mercantil recurrente no impugnó en su día las liquidaciones correspondientes al impuesto balear sobre instalaciones que inciden sobre el medio ambiente (cuya Ley de cobertura fue declarada inconstitucional por la STC 289/2000, de 30 de noviembre), concluyendo que no procede la revisión ni el reconocimiento de responsabilidad patrimonial.

órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos quedan habilitados para pronunciarse sobre la indemnización que, en su caso, corresponda, aunque el acto sea firme y consentido.

En contraste con esta situación, se alza el régimen jurídico de la declaración de nulidad de las disposiciones generales (art. 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), así como una previsión similar recogida en el art. 213.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, conforme al cual no serán en ningún caso susceptibles de revisión los actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme. Y es que un principio general de nuestro Derecho Administrativo, consagrado en el art. 102 LPC, contempla la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la norma anulada, pero no dice que sea posible sustituir la declaración de nulidad del acto firme por la indemnización de daños y perjuicios²⁵.

En suma, la obligación de resarcir los daños ocasionados por una Ley antijurídica, por ser contraria a la Constitución, está asegurada en normas de rango superior a la LPC, como el art. 40.1 LOTC, el cual determina el alcance las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad en desarrollo del art. 161.1.a) CE. Pero es discutible la alteración casuística de la firmeza de las situaciones jurídicas, como también lo es pretender disociar el régimen de la validez de los actos administrativos de la responsabilidad, especialmente ante la ausencia de pronunciamiento del TC; circunstancia que acaba confiriendo un título habilitante (en blanco) a los órganos jurisdiccionales para determinar los efectos de la sentencia constitucional. Frente a la apelación a la justicia material que nutre muchos de estos pronunciamientos²⁶ se alza, indudablemente, un argumento económico cifrado en cuáles son realmente los límites de la responsabilidad, particularmente en momentos de aguda crisis económica²⁷.

²⁵ Este principio ha sido aplicado reiteradamente por el Tribunal Constitucional, que declara en la sentencia 22/1996, de 18 de marzo, que «han de considerarse situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia, no solo aquellas situaciones que hayan sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E.) todas aquellas otras que no hubieran sido impugnadas en la fecha de la publicación de esta sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas como las devengadas y aun no pagadas que no estén pendientes de reclamación o recurso administrativo o judicial interpuesto dentro del plazo antes de dicha fecha».

²⁶ J. GONZÁLEZ PÉREZ secunda el «imperativo de la Justicia» como fundamento de la responsabilidad del Estado-legislador (vid. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 5ª ed., 2010, pág. 69).

²⁷ R. GALÁN VIOQUE, aunque respalda la responsabilidad del legislador en su libro *La responsabilidad del Estado legislador*, Cedecs, Barcelona, 2001, págs. 479 y ss., lo cierto es que acaba reconociendo que, de haberse admitido la responsabilidad con motivo de la modificación de la edad de jubilación, que afectaba a 200.000 funcionarios, el aumento del déficit público subsiguiente habría alejado a España de la moneda única. Así lo advierte E. GARCÍA DE ENTERRÍA cuando dice que el autor [en referencia a GALÁN VIOQUE] está dispuesto a pagar ese precio exorbitante en favor de la sacrosanta doctrina de la responsabilidad del Estado

5. La cuestión del plazo para reclamar y el *dies a quo*

El punto de partida en la cuestión de los plazos lo constituye la STS de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998), que señala que el hecho de que los contribuyentes no impugnen en su momento las liquidaciones tributarias y que las mismas, por tanto, devengan firmes, no priva de antijuridicidad al daño producido, de suerte que el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad legislativa inconstitucional puede obtenerse mediante la reclamación en el plazo de un año a computar desde la publicación de la STC, en aplicación de la teoría de la *actio nata*. Un argumento de justicia material justificaba que el particular no tenga que soportar la carga de agotar todas las instancias (administrativas y judiciales) para promover el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Un recorrido jurisprudencial muestra tres fases bien diferenciadas en cuanto al tratamiento de los plazos: a) a partir de la STS de 15 de julio de 2000 (rec. 736/1997) se planteó el posible tratamiento diferenciado entre quienes habían impugnado los actos de liquidación tributaria antes de la anulación del gravamen inconstitucional, obteniendo sentencia firme que los declaraba conformes a Derecho, y aquellos otros particulares que reaccionaron una vez declarada la inconstitucionalidad, bien por la vía de la revisión de oficio, bien mediante la reclamación de responsabilidad patrimonial, o por ambas a la vez, acumulada o sucesivamente. Mientras que los primeros quedaban abocados a entablar una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial dentro del plazo fijado por la Ley, a los segundos se les reconocía el derecho a solicitar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho por inconstitucional, así como a exigir, simultánea, sucesiva o alternativamente, responsabilidad patrimonial. 2) Un punto de inflexión lo marcó la STS de 3 de noviembre de 2006 (rec. 278/2005), que se aparta de la rigidez del plazo de un año con el doble argumento de que la declaración de nulidad corresponde a la Administración de oficio y los ciudadanos están amparados por el principio de confianza legítima. 3) Finalmente, la STS de 11 de diciembre de 2009 (rec. 572/2007) vuelve a proclamar el plazo de prescripción de un año a partir de la fecha de publicación de la sentencia, señalando que, en el supuesto de haberse instado la revisión de oficio de los actos, el ejercicio de esa acción sirve para interrumpir el

legislador y de la garantía patrimonial absoluta asegurada a los *beati possidentis* de los supuestos derechos adquiridos, y que «el principio *fiat iustitia, pereat mundus* parece excesivo como precio de una simple convicción doctrinal» (vid. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, cit., págs. 72-73).

plazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, siempre que la revisión se haya hecho valer dentro del plazo de un año que contempla el art. 142.5 LPC.

Lo cierto es que todo el esfuerzo dialéctico que había realizado el TS para admitir excepciones al «valladar» de la cosa juzgada ha quedado reducido poco menos que a anaqueles del repertorio de jurisprudencia, en mérito a la extemporaneidad de la solicitud de indemnización (es decir, a la prescripción de la acción de responsabilidad), que permite la desestimación de recursos fundados en reclamaciones posteriores al transcurso de un año de la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley²⁸. Si el argumento de la justicia material que ha manejado el TS se aplicase hasta sus últimas consecuencias, lo cierto es que no solo no se exigiría agotar recursos administrativos y jurisdiccionales, sino que la acción de responsabilidad tampoco se sometería a plazo alguno; máxime si partimos de la base de que la nulidad no prescribe. En cierto modo, esta circunstancia, dejando de lado el problema relativo a la competencia para determinar el alcance de los efectos de una declaración de nulidad, carga de razones el argumento que viene alertando sobre los riesgos, inconvenientes y disfunciones de separar la teoría de la validez de los actos administrativos de la institución de la responsabilidad patrimonial, además de devolver al principio de seguridad jurídica, que está en la base del ordenamiento jurídico, al lugar que le corresponde.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

El reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación del Derecho comunitario está reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha elaborado un cuerpo amplio de doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos. Este principio está estrechamente conectado con los principios de eficacia directa y primacía, pues la eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando

²⁸ Pueden verse, a este propósito, las recientes SSTs de 24 de abril de 2012 (rec. 581/2009) y 29 de marzo de 2012 (rec. 245/2008).

sufran un perjuicio causado por los poderes públicos²⁹. A partir de su sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich y Bonifaci* (C-6/90 y 9/90), el Tribunal de Justicia ha establecido el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario, al indicar «que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputable».

La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea (antiguo art. 10 TCE), en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario; planteamiento que es válido ya se trate de normas invocables o no directamente por los ciudadanos ante los tribunales, como se precisó por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur c. RFA y Factortame III*, C-46/93 y C-48/93). Asimismo, la sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim II* (C-424/97) declara que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda hacerse cargo de dicha reparación (sentencia de 1 de junio de 1999, *Konle*, C-302/97).

El principio de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad constituye una expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado. Esa remisión a los principios jurídicos comunes hace recaer sobre el propio Tribunal de Justicia la función de intérprete de los Tratados, a falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros.

²⁹ Como bibliografía básica sobre la materia pueden consultarse los trabajos siguientes: ALONSO GARCÍA, M^a C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, cit., págs. 137 y ss.; ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997, y, del mismo autor, *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003; COBREROS MENDEZ, E.: *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CEE*, n^o 60 (1989), y MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6^a ed., 2010, págs. 404 y ss.

2. Requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual

En cuanto a los requisitos exigidos para dar lugar a indemnización en virtud de dicha responsabilidad del Estado miembro, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina desde aquella inicial sentencia *Francovich y Bonifaci*, señalando que dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado, precisando que cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma comunitaria impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos: a) que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; b) que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva, y c) que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

De los tres requisitos que son precisos para reclamar una indemnización, es el segundo (conocido como «violación suficientemente caracterizada») el que plantea mayores dificultades para su concreción en cada caso. El criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave -tanto por parte tanto de un Estado miembro como de una institución comunitaria- de los límites impuestos a su facultad de apreciación. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar (*Factortame III*), destacan el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada; la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias; el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado; el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho; la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario; que la mera infracción puede ser suficiente para demostrar una violación suficientemente caracterizada (*Haim II*), y, en fin, que la obligación de reparar no puede supeditarse a un requisito basado en el concepto de culpa que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada (*Haim II*).

En lo que atañe al marco normativo en el que han de desarrollarse las correspondientes reclamaciones de responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario, señala el Tribunal de Justicia (*Francovich y Bonifaci*) que, a falta de normativa comunitaria, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. Cuando las normas internas de responsabilidad son más favorables se aplican estas (principio de preferencia), no los criterios del Tribunal, de suerte que el principio comunitario de responsabilidad del Estado opera con carácter subsidiario en relación con las disposiciones nacionales, que tampoco pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).

3. La articulación del Derecho de la Unión Europea y del Derecho interno en materia de responsabilidad por incumplimientos comunitarios: la STS de 17 de septiembre de 2010 (rec. 153/2007)

Los tres ideas fundamentales de cuanto antecede se pueden resumir así: 1) que los Estados miembros no pueden liberarse de la responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del Derecho comunitario no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios; 2) que los jueces nacionales deben garantizar la eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos que confiere a los particulares; garantía que expresamente se extiende a la posibilidad de obtener una reparación (sentencias *Simmmenthal*, de 9 de marzo de 1978, y *Factortame III*, de 5 de marzo de 1996), lo cual demuestra que el Tribunal de Justicia ha erigido un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario presidido por una mera lesión de los derechos de los particulares en una relación causa-efecto, y 3) que ante la coexistencia de ambos regímenes de responsabilidad patrimonial por actividad legislativa, en función de que el canon de control sea el Derecho interno o el Derecho comunitario, se apela al que resulte más favorable para el administrado, que tiene la posibilidad de elegir. Nada impide que el Estado establezca un sistema de responsabilidad más severo y garantista³⁰. Es más, si el régimen más favorable es el nacional, se aplicará este último en virtud del principio de preferencia. De lo contrario, se aplicará el comunitario en virtud de su naturaleza subsidiaria.

³⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: voz «Responsabilidad civil de los poderes públicos», en *Diccionario de Derecho Administrativo*, dirigido por el mismo autor, tomo II, Iustel, Madrid, 2005, cit., pág. 2.259.

En este punto se ha planteado recientemente qué régimen es más favorable para el administrado: si el comunitario o el nacional previsto frente a las Leyes inconstitucionales. Recordemos que la doctrina del TS conecta la antijuridicidad de la Ley con la mera declaración de inconstitucionalidad, en tanto que el Derecho de la Unión impone el requisito de la infracción especialmente grave y manifiesta susceptible de calificarse de «suficientemente caracterizada». Además, como se ha visto, el TS permite reaccionar frente a las Leyes inconstitucionales por la vía de la acción de responsabilidad incluso habiendo transcurrido los plazos en vía administrativa y judicial, disociando la validez de los actos administrativos del régimen de responsabilidad.

Pues bien, esta es precisamente la cuestión que resuelve la STS de 17 de septiembre de 2010 (rec. 153/2007), que rectifica una jurisprudencia anterior. El asunto versa sobre la extralimitación del Estado español al transponer la Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (Sexta Directiva en materia de IVA), lo cual suscitó una reclamación ante el Consejo de Ministros por un importe equivalente a las sumas indebidamente ingresadas, más las que habrían sido devueltas si España no hubiera infringido aquella Directiva. El Consejo de Ministros desestimó la reclamación con el argumento de que la empresa se había aquietado a las liquidaciones practicadas, de manera que se había roto la relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por la víctima. En el recurso contencioso-administrativo se solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial ante la contradicción que se mostraba en la comparación entre la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial según que la violación fuera contraria a la Constitución o a la normativa comunitaria. El TS, mediante Auto de 1 de febrero de 2008, planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión:

«¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina por el Tribunal Supremo del Reino de España en las Sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho comunitario?».

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08), proporcionó una respuesta inequívoca, en el sentido de que el Derecho de la Unión se opone a

la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, basada en una infracción del Derecho comunitario por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia, solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente.

Eso es lo que llevó al TS a declarar que la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario, lo que le obliga a rectificar su doctrina anterior, conforme a la cual la ausencia de impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho comunitario rompe el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial; ruptura que no se admite en relación con los actos de aplicación de Leyes inconstitucionales, toda vez que no es preciso en tal supuesto agotar los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

La mencionada STS de 17 de septiembre de 2010 inicia una línea jurisprudencial que denomina al principio de responsabilidad patrimonial del Estado «cláusula de cierre» del sistema que regula las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos internos, al conectar dicho principio con los de eficacia del ordenamiento comunitario y tutela judicial efectiva de los particulares. Y lo que es más importante, esta interpretación lleva al TS a revisar su jurisprudencia relativa a los efectos de las Leyes declaradas inconstitucionales, que son efectos *ex tunc* con independencia de que se trate de Leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho comunitario europeo, anudando en ambos casos la consecuencia de la nulidad radical. Tanto si se declara la inconstitucionalidad de una Ley como si la norma contraviene el Derecho de la Unión, habrá que estar a la delimitación de los efectos contenidos en la sentencia. Pero si nada dice la sentencia sobre su eficacia temporal, el TS vuelve a remitir a los jueces y tribunales la cuestión de decidir sobre la eficacia retroactiva, quienes decidirán definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad

«aplicando las leyes y los principios generales del Derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin

un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser ellos quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. En este sentido pueden verse, entre otras muchas, las SSTS de 15 de julio de 2000 (recurso núm. 763/1997), 17 de febrero de 2001 (349/1998), 24 de enero de 2002 (221/1998), 3 de julio de 2003 (678/2000), 29 de octubre de 2004 (166/2003), 11 de septiembre de 2007 (99/2006), etc.» (STS de 2 de junio de 2010, rec. 588/2008).

La solución alcanzada podría haberse solucionado de otra manera, haciendo concordantes el régimen interno y el comunitario sobre la base de la ruptura del nexo causal en virtud del acto consentido y firme como factor que excluye necesariamente la acción de responsabilidad. Pero lo que ha ocurrido es que el régimen de la responsabilidad por inconstitucionalidad de las Leyes, con sus defectos y bondades, se ha extendido al Derecho comunitario, pues se ha considerado equivalente. Cabría plantearse si resulta correcta la aproximación comparativa, pues ¿es comparable la ubicación de la Ley en el sistema puramente interno de fuentes, a su ubicación en el sistema internormativo de fuentes resultante de la inserción del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito interno? ¿Es comparable la posición del legislador a la hora de desarrollar la Constitución con la que ostenta a la hora de ejecutar, en el plano interno, el Derecho comunitario derivado? O, por el contrario, en este último caso de ejecución del Derecho comunitario derivado, ¿el término de comparación no habría que buscarlo en la posición que, en el plano estrictamente interno, ocupa el Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la hora de concretar la voluntad del legislador?

En suma, puede señalarse que, ciertamente, el juez nacional es juez del Derecho comunitario, pero así como es libre para inaplicar una Ley que considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, cuando se le suscitan dudas sobre la compatibilidad de una Ley con la Constitución está obligado a plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Aunque hay que saludar positivamente la recepción del principio comunitario de responsabilidad patrimonial, todavía sigue siendo algo forzada la comparación entre situaciones diversas que se ha bosquejado y las consecuencias que se han alcanzado desde la óptica del Derecho interno; en particular, el reconocimiento de facultades a los jueces que parecen reservadas al Tribunal Constitucional.

VI. LEYES QUE IMPONEN SACRIFICIOS O CARGAS ESPECIALES: EL CASO DE LAS LEYES URBANÍSTICAS

Los importantes cambios legislativos producidos en las Comunidades Autónomas de las Islas Baleares y de las Islas Canarias, territorios densamente desarrollados por razón de sus incentivos turísticos, han sido determinantes en los últimos años de una consolidada jurisprudencia sobre acciones de responsabilidad patrimonial por actos legislativos con incidencia en el ámbito urbanístico, especialmente la desclasificación de suelo urbano o urbanizable. Se trata de un tercer grupo de supuestos en los que se viene declarando la existencia de un eventual derecho a la indemnización, en conexión con el art. 139.3 LPC, ya que se trata de Leyes que, sin tener naturaleza expropiatoria ni ser inconstitucionales, entrañan efectos perjudiciales para sus destinatarios. De nuevo se plantea en este caso un problema de jurisdicción, pues o bien se reconoce que ha de ser la propia Ley la que determine el alcance de las consecuencias indemnizatorias, o se confía a los jueces y tribunales el establecimiento o no de medidas compensatorias o indemnizatorias anudadas a la nueva regulación, como viene defendiendo la jurisprudencia del TS³¹.

La responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico requiere, en todo caso, la existencia de derechos consolidados para que sea procedente el derecho a una indemnización por el cambio de planeamiento por acto legislativo³². Justamente la ausencia de consolidación impide que prospere toda pretensión resarcitoria, toda vez que la promoción de la transformación del suelo no conduce necesariamente a la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo. Con ello, es consolidada la doctrina jurisprudencial que anuda la

³¹ En la STS de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008), la Sala, en primer lugar, descarta que la condición o presupuesto que impone el inciso final del art. 139.3 de la Ley 30/1992, cuando señala que «(...) cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos», resulte de aplicación a los supuestos de acciones de responsabilidad patrimonial sustentadas en el perjuicio irrogado por la aplicación de una ley inconstitucional al concluir que ello «(...) supondría tanto como supeditar la reparación del hipotético perjuicio derivado de la inconstitucionalidad de la ley aplicada, a una previsión que en sí misma es absurda e incluso imposible: la del propio legislador de prever que la ley que aprueba puede ser contraria a la Constitución y de que por ello, por si lo fuera, ha de plantearse si incluye o no en ella una decisión como la reflejada en aquel inciso final» (FD 4º, párrafo cuarto) y considera que tal conclusión es la que está presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando a continuación las sentencias 29 de febrero, 13 de junio y 19 de diciembre de 2000.

³² *Vid.*, entre otras, las SSTS de 23 de julio de 2010, de 24 de febrero de 2010, de 29 de septiembre de 2009 y de 17 de junio de 2009 (rec. 154/2008, 1.863/2008, 5.734/2004 y 944/2005, de forma respectiva). Concretamente, esta última sentencia trata sobre una Ley de ordenación territorial autonómica que no contenía una previsión indemnizatoria para la desclasificación de terrenos. Conforme a su FJ 6º:

«La privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible».

indemnización por modificación del planeamiento a los requisitos de la responsabilidad patrimonial, exigiendo la consolidación de los derechos urbanísticos³³. La modificación del planeamiento solo genera responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se produce minoración del aprovechamiento urbanístico patrimonializado³⁴.

El requisito fundamental para que prospere la pretensión resarcitoria es que el particular no tenga el deber jurídico de soportar la lesión producida por la aplicación de la Ley. La jurisprudencia subraya que «existe ese deber jurídico de soportar el daño cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin indemnización»³⁵.

La jurisprudencia reitera que el daño debe ser actual y efectivo, no hipotético, de suerte que no se admiten meras especulaciones o expectativas³⁶, y, junto a esa circunstancia, el TS viene manteniendo que la quiebra del principio de confianza legítima constituye «el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente»³⁷. Este principio está reconocido en el art. 3.1 LPC y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, Transportes Generales y Servicios Generales SAL), aunque se ha considerado cuestionable su incorporación como fundamento de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador³⁸. En cualquier caso, dicho principio no opera en el ámbito urbanístico cuando ha existido un retraso imputable al propietario del suelo en la realización de actuaciones de ejecución urbanística, y es que no basta la materialización

³³ P. ej., en la STS de 25 de junio de 2003 (rec. 6.574/2000) la consolidación de los derechos urbanísticos estaba perfectamente definida al ostentar la titularidad de una licencia de obras. Por eso, allí se reconoce un derecho a indemnización por la lesión sufrida como consecuencia de las limitaciones de edificabilidad impuestas por la Administración para la protección del Patrimonio Histórico Artístico en la construcción de un edificio respecto del que se había obtenido licencia de obras para edificar viviendas y garajes, debiendo excluirse estos últimos para respetar los restos del anfiteatro que habían sido localizados.

³⁴ Puede verse la STS 12 de diciembre de 2007 (rec. 2.911/2005), sobre indemnización compensatoria al no poder restituirse una finca entregada a cambio de conseguir una reclasificación de suelo; contraprestación que se frustró al no ser posible ejecutar una sentencia en sus propios términos por imposibilidad legal una vez desclasificado el suelo, declarado urbanizable en dicha sentencia, por una Ley aprobada en la Asamblea de la Comunidad de Madrid.

³⁵ STS de 16 de diciembre de 2008 (rec. 453/2006).

³⁶ SSTS de 23 de marzo de 2009 (rec. 412/2006) y 24 de febrero de 1994 (rec. 9.267/90).

³⁷ STS de 10 de mayo de 2012 (rec. 5.342/2009).

³⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», cit., y MESTRE DELGADO, J. F.: «La responsabilidad del Estado legislador», cit., págs. 170 y ss.

de un instrumento idóneo que permita conocer cuál es el aprovechamiento del propietario, sino que este último ha de cumplir los deberes impuestos por el propio planeamiento.