

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COMO AUTOR DE UNA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL (*)

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo

I. La implantación accidental en España de una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Los riesgos de «la huida a la cláusula general». El caso de la responsabilidad del Estado por actos legislativos. En particular, la responsabilidad por dictar una Ley inconstitucional.—II. La posición del Tribunal Supremo ante ese supuesto: un centenar de Sentencias con ocasión de la Sentencia constitucional 173/1996, que anuló un recargo tributario.—III. La argumentación del Tribunal Supremo: a) Invocación de su jurisprudencia por hecho de las Leyes y de la «notable tendencia en la doctrina y el Derecho Comparado» en la materia. b) Afirmación de competencia propia para decidir los efectos de una Sentencia de inconstitucionalidad. c) La nulidad de la Ley determina la de sus actos aplicativos. d) La nulidad de la Ley hace antijurídico el perjuicio. e) Exclusión del principio de inmutabilidad de la cosa juzgada por considerar que la acción de responsabilidad patrimonial es una causa nueva y ajena. f) Reconducción del plazo para pedir la responsabilidad al momento de publicación de la Sentencia de inconstitucionalidad. g) Inoponibilidad de la firmeza puramente administrativa. h) Una razón adicional: el Estado no ha recaudado el tributo anulado. i) Se ilustra a quienes hayan perdido ese plazo de otra vía alternativa: la declaración de nulidad de oficio. j) Invocación del Derecho Comparado. k) Enfrentamiento directo con los criterios del Tribunal Constitucional, incluso sobre ejecución de la misma Sentencia (Sentencia de amparo 159/1997). l) Invocación de la confianza legítima.—IV. Discrepancia con la posición del Tribunal Supremo: a) Con la supuesta tendencia del Derecho Comparado. b) Con esa tendencia en el caso de Sentencias de inconstitucionalidad. c) Con la interpretación del artículo 139.3 LPC como consagrador de una responsabilidad del Legislador atribuida a los Tribunales contencioso-administrativos. d) Con la invocación del principio de confianza legítima como fundamento.—V. La existencia de una regulación de los efectos de las Sentencias de inconstitucionalidad. Artículo 161.1.a) de la Constitución. Artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La práctica y la doctrina de la jurisprudencia constitucional.—VI. Análisis de los argumentos básicos del Tribunal Supremo: a) La supuesta jurisdicción propia del Tribunal Supremo y su oposición a las tesis del Tribunal Constitucional. El recurso de amparo por la vía del artículo 24.1 de la Constitución como competencia de control. Cuestión de Derecho Constitucional. b) Inadmisibilidad de que el Tribunal Supremo se aparte de los criterios del Tribunal Constitucional: vinculación de aquél por artículos 161.1.a) de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (interpretación conforme a la Constitución). c) El Tribunal Supremo no ha respetado la intangibilidad de la cosa juzgada material, al hacer imposible la ejecución de la parte dispositiva de Sentencias firmes.—VII. El dogma de la nulidad de pleno derecho de los actos aplicativos de la Ley inconstitucional. Contra artículo 62.1 LPC. Contra artículo 102.4 LPC y artículo 73 Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa respecto a la permanencia de los actos administrativos firmes aplicativos de una disposición normativa anulada. Inadecuada invocación del artículo 102.4 LPC. La nulidad de un acto no enerva la eficacia de las titularidades contrarias ganadas por prescripción (aquí por el plazo legal de cuatro años para la devolución de ingresos indebidos).—VIII. En la ocasión el quebranto de la Hacienda no ha sido excesivo, aunque sí importante, pero la generalización de la doctrina puede llevar a la quiebra del Estado.—IX. Inadmisibilidad de la imputación de la responsabilidad del Estado como autor de la Ley inconstitucional cuando la recaudación íntegra del tributo fue de las Comunidades Autónomas. La imputación por el «enriquecimiento» causado o

(*) Este trabajo se publicará en los *Estudios en honor del Profesor Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO* con motivo de su jubilación universitaria (en prensa).

por la nulidad retroactiva de los actos recaudatorios. La retroacción de la nulidad afecta a las partes que trabaron relaciones bajo la Ley anulada, no a terceros. La imposibilidad material de que el Estado asuma el papel de garante general de toda la Legislación, en tanto que no se alteran las relaciones patrimoniales trabadas en aplicación de la misma.—X. El supuesto único de una responsabilidad derivada de una Ley inconstitucional: procesos sin cosa juzgada.—XI. Breve exposición del Derecho Comparado: a) El caso norteamericano. El dogma de la retroactividad absoluta. b) La doctrina prospectiva, *Linkletter*, 1973. c) Italia, Alemania.—XII. Conclusión: la oportunidad de la reforma expresa del artículo 40.1 LOTC.

I

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración es en España un tema torturado.

Hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, el artículo 1903 del Código Civil cerraba toda posibilidad de obtener una indemnización por los daños causados por el Estado, al exigir como condición para ello que éste hubiese actuado «por mediación de un agente especial, pero no cuando hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada», «agente especial» (extraña figura, en efecto) que la jurisprudencia civil no encontró ni una sola vez durante su larga vigencia. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cogiendo por los pelos el argumento de que la institución expropiatoria ofrecía una garantía al patrimonio de los ciudadanos frente a la acción pública, entendió que se justificaba entrar también en el tema de la responsabilidad, a cuyo efecto incluyó en el capítulo II de su Título IV, bajo el enigmático título de «De la indemnización por otros daños», un precepto, artículo 121, que decía:

«Dará también (1) lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere (2)

(1) El «también» se refiere al artículo 120 anterior, que regulaba supuestos de las llamadas «requisas civiles» («cuando por consecuencia de graves razones de seguridad pública, epidemias, inundaciones u otras calamidades públicas hubiesen de adoptarse por las autoridades civiles medidas que implicasen detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización...»). Resulta evidente que este supuesto carece de toda razón de analogía con el de la responsabilidad civil por daños, y junto a éste son los únicos que ese capítulo II del Título IV incluía bajo la inespecífica rúbrica de «De la indemnización por otros daños». El engarce sistemático de la responsabilidad civil de la Administración con los supuestos comunes de la Ley de Expropiación Forzosa resultaba, así, manifiestamente forzado en su propio texto.

(2) «Los bienes y derechos a que esta Ley se refiere» no incluyen, en términos estrictos, los daños personales causados a los ciudadanos, que son notoriamente insusceptibles de ser objeto de una expropiación forzosa. Para evitar que ese concepto, forzado también

siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

La concisión de la fórmula legal de ruptura de la anterior irresponsabilidad total de la Administración forzó, pues, al Legislador a formular una cláusula general que pretendió concentrar en un párrafo único, sin un solo punto interior, toda la regulación de la delicada institución de la responsabilidad civil de la Administración. Esta formulación legal compendiosa por esa razón puramente circunstancial fue mantenida por la inclusión de prácticamente la misma fórmula en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquélla fuese una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

La fórmula, que se modificó respecto de la Ley de Expropiación Forzosa para suplir la supuesta omisión de los daños personales, daños evidentemente no expropiables, obtuvo un éxito inmediato, tanto que fue mantenida en prácticamente los mismos términos nada menos que por la Constitución de 1978, artículo 106.2, y hoy por los artículos 139 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, artículo 139 (3).

por la necesidad de mantener la unidad sistemática de las regulaciones de una Ley de Expropiación Forzosa, tuviese esos efectos limitativos, el Reglamento de la Ley, Decreto de 26 de abril de 1957, artículo 133, tuvo que precisar que la «lesión» podía producirse «en sus bienes y derechos susceptibles de ser evaluados económicamente», eliminando la referencia a bienes y derechos susceptibles de expropiación forzosa. Sólo la corrección de esa forzada fórmula por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1956, que luego se transcribe en el texto, permitió eliminar definitivamente ese inesperado equívoco.

(3) La fórmula constitucional es igualmente concentrada, aunque remitiendo a la legislación de desarrollo: «Los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». La Ley de Procedimiento Administrativo Común introdujo, no obstante, artículo 139.3, un precepto que ha jugado un cierto papel en la cuestión central de

La importantísima innovación introducida por la Ley de Expropiación Forzosa supuso, pues, no obstante lo forzado de la misma, un éxito completo, que revolucionó radicalmente nuestro Derecho Administrativo, que continúa operando con la misma fórmula.

Haciendo exacto el lúcido juicio de HEDEMANN sobre los riesgos —los «peligros», literalmente— que para el Derecho y para el Estado presenta «la huida a la cláusula general» (4), la cláusula general con la que se rige nuestro Derecho de daños en lo que se refiere a la Administración Pública ha ocasionado disfuncionalidades graves en los momentos de su aplicación, normalmente en el sentido de un exceso jurisprudencial (y hoy, quizás, en una visible restricción). Estos excesos han sido resaltados (comenzando por la absurda conclusión de que la cláusula consagraba una supuesta responsabilidad «objetiva», lo que implicaría omitir los «títulos de imputación» que la misma fórmula legal exige: la lesión ha de ser «consecuencia del funcionamiento... de los servicios públicos», en el texto constitucional), crítica que ha venido tanto de los privatistas (que han subrayado la disfuncionalidad de que la Administración deba de indemnizar supuestos daños que en el tráfico civil ordinario no son indemnizables; por ejemplo, en materia de daños causados por la práctica sanitaria, mucho más extensamente en los hospitales públicos que en las clínicas privadas, o en los producidos en escuelas públicas que en colegios privados) (5) como, finalmente, por la misma doctrina iuspublicista (6).

Pero no vamos a tratar ahora el tema en su generalidad, sino que vamos a concretarlo en una de sus aplicaciones singulares: la rápida, fulminante y reciente extensión de una jurisprudencia del Tribunal Supremo para afirmar una responsabilidad del Estado «por hecho de las Leyes». Pero ahora no voy a abordar las cuestiones generales sobre esta insólita posición, sin paralelo con ninguna otra jurisprudencia nacional sobre esta materia, cuestiones de las que he hablado ya en varios trabajos anteriores (7). Voy a centrarme ahora en una de las

que vamos a ocuparnos, la responsabilidad patrimonial «por hecho de las Leyes» o del Estado Legislador, al precisar: «Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». Nos referiremos más adelante a los problemas de este precepto.

(4) Justus Wilhelm HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933.

(5) El más explícito ha sido F. PANTALEÓN, *Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, en «Documentación Administrativa», 1994, págs. 237-238.

(6) Vid. Oriol MIR PUIGELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo Sistema*, Madrid, 2002.

(7) En mis trabajos *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto*

más recientes posiciones jurisprudenciales, la que se ha extendido en un tiempo relativamente rápido a propósito de la responsabilidad del Estado Legislador en cuanto autor de Leyes que han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Es éste, por cierto, a mi juicio, uno de los casos en que podría ser posible afirmar en hipótesis la existencia de una eventual responsabilidad patrimonial del Estado, aunque, según veremos, es menester depurar las graves cuestiones que esa responsabilidad hipotética plantea.

II

La posición del Tribunal Supremo para liquidar mediante acciones de responsabilidad las consecuencias de la declaración de una Ley como inconstitucional por el Tribunal Constitucional se inicia en el año 2000. Ese año llegaron al Tribunal Supremo las reclamaciones que los empresarios de máquinas de juegos de azar dirigieron contra el Estado como autor de la *Ley de 29 de junio de 1990*, que estableció «Medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria», entre las cuales un «gravamen complementario» sobre dichas máquinas por una sola vez en dicho año de 1990. La Ley convalidó el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1989, que se había dictado porque el breve período de tiempo entre una nueva Legislatura en las Cortes y el final del ejercicio no permitió la tramitación de una Ley que entrara en vigor el 1 de enero de 1990. La Ley de 29 de junio de 1990 se dictó, como dice su Exposición de Motivos, por «la conveniencia de consolidar este instrumento normativo [del Decreto-Ley de 29 de diciembre anterior]» y para recoger aquellas disposiciones de este último «que fuera necesario que conservaran su vigencia y no resultaran afectadas por la finalización del período de prórroga presupuestaria y la consiguiente entrada en vigor de la Ley de Presupuestos para 1990», que se aprobó el mismo día 29 de junio de 1990. Entre las exacciones que la Ley tributaria aneja a la presupuestaria modificó están, artículo 38.Dos, las tasas referentes a «los juegos de suerte, envite o azar», que habían sido reguladas por el Real Decreto-

título justificativo de la responsabilidad del Estado Legislador, en el núm. 159 de esta REVISTA, 2002; *El principio de la «responsabilidad de los poderes públicos», según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 67, 2003 (y en *Libro Homenaje al Profesor L. DIEZ-PICAZO*, 2003); *La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el Legislador*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 117, 2003; «La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del Legislador en el Derecho Comparado», en *Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. BREWER CARÍAS (El Derecho Público a comienzos del siglo XXI)*, tomo III, Madrid, 2003, págs. 3039 y ss.

Ley de 25 de febrero de 1977, que fue la norma que legalizó esos juegos en España. La Ley de 1990, artículo 38, dio una nueva redacción al artículo 3.º.Cuarto de esa Ley de 1977. Las cuotas fijas aplicables a las máquinas o aparatos automáticos se subieron sensiblemente, pero *además*, en el apartado 2 de ese mismo artículo 38, se dispuso:

«Se crea un *gravamen complementario* de la tasa fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar»,

gravamen cuya cuantía se fijó

«en la diferencia entre las cuotas fijas que se establecen [en la propia Ley] y las determinadas por el Real Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1989».

Este gravamen complementario

«se devengará el día de la entrada en vigor de la presente Ley y se aplicará *exclusivamente en el año 1990*».

Este gravamen complementario fue impugnado en un porcentaje muy alto por los empresarios de las máquinas de juego. La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (no así otros Tribunales Superiores, que se limitaron a desestimar la petición de plantear cuestión de inconstitucionalidad, desestimando también, consecuentemente, el fondo de la reclamación) planteó varias cuestiones de inconstitucionalidad, a petición de los recurrentes, invocando en concreto la vulneración de la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución, el principio constitucional de capacidad económica (art. 31.1 de la Constitución), el derecho de igualdad (art. 14 de la Constitución), el principio de progresividad del sistema tributario (art. 31.1 de la Constitución), la prohibición de confiscatoriedad fiscal (art. 31.1 de la Constitución) y, en fin, el principio constitucional (art. 9.3) de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales.

De todas estas supuestas infracciones constitucionales, el Tribunal Constitucional, en su *Sentencia 173/1996, de 31 de octubre*, retuvo únicamente la última, por entender que se había incrementado en una gran proporción una cuota tributaria ya satisfecha, «aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de la suficiente justificación».

Debe precisarse que la Sentencia constitucional no especificó ni

en sus Fundamentos ni en su fallo los efectos de tal declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicho gravamen.

Tras la publicación de dicha Sentencia constitucional se generalizaron las peticiones al Estado (aunque la tasa había sido liquidada y recaudada por las Comunidades Autónomas, a cuya Hacienda estaba cedida la tasa sobre el juego) de devolución del importe ya pagado de esa tasa complementaria anulada, petición que se formalizó, en general, como una responsabilidad patrimonial. Aunque algunos reclamantes invocaron otros títulos, se verá que el Tribunal Supremo caracterizó enseguida todas las peticiones como específicamente de responsabilidad patrimonial del Estado como autor de la Ley anulada por el Tribunal Constitucional; no parece que las peticiones de devolución se dirigieran a las Comunidades Autónomas recaudadoras. En una primera Sentencia, la de 26 de diciembre de 1998, el Tribunal Supremo rechazó esa pretensión de devolución, aunque por motivos formales (8), pero a partir de 2000 —Sentencias de 22 y 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio, y a continuación una serie innumerable de Sentencias que han excedido ya, probablemente, del centenar (9) que ratificaron este criterio, en términos cada vez más categóricos y extensos— el Tribunal, por esta vía singular de la responsabilidad patrimonial, acordó la devolución a los recurrentes del importe íntegro de dicho gravamen más los intereses legales (y en varios casos con la revalorización del importe pagado en 1990) desde el momento de su pago al de su reintegro efectivo. Toda esta

(8) La pretensión que rechaza esta Sentencia no era la del contribuyente, sino la de la Diputación Foral de Guipúzcoa, que planteó la cuestión por la vía de un recurso de casación en interés de la Ley. La Sentencia se limita a decir que esa vía del recurso en interés de la Ley es inadecuada para el caso, aunque el pronunciamiento final es de desestimación.

(9) Sin ánimo de agotar la enumeración de todas las Sentencias estimatorias producidas, citaremos, según la Recopilación de Aranzadi, al lado de las aludidas en el texto, las de 13 de junio, 15 de julio, 30 de septiembre, 6 de noviembre, 14 de diciembre (dos Sentencias), 19 de diciembre, 22 de diciembre, 23 de diciembre (dos Sentencias), 27 de diciembre (dos Sentencias), todas del año 2000. Del año 2001: de 11 de enero (dos Sentencias), 16 de enero (dos Sentencias), 20 de enero (dos Sentencias), 22 de enero (dos Sentencias), 23 de enero (dos Sentencias), 25 de enero, 30 de enero, 3 de febrero, 5 de febrero, 8 de febrero, 13 de febrero, 17 de febrero, 19 de febrero, 20 de febrero (tres Sentencias), 22 de febrero, 2 de marzo, 3 de marzo (dos Sentencias), 13 de marzo, 20 de marzo, 27 de marzo (dos Sentencias), 7 de abril, 18 de abril (dos Sentencias), 24 de abril, 12 de junio, 3 de julio, 5 de julio (dos Sentencias), 17 de julio, 3 de octubre, 18 de octubre, 25 de octubre, 27 de octubre, 22 de diciembre (tres Sentencias), todas de 2001. En 2002, Sentencias de 24 de enero, 22 de enero (dos Sentencias), 20 de febrero (dos Sentencias), 18 de abril. En 2003 baja ya el número: 4 de marzo, 13 de mayo, 17 de junio, 1 de julio, 3 de julio (dos Sentencias), 8 de julio, 15 de julio (dos Sentencias). En 2004 conocemos dos que mantienen la misma tesis, la de 22 de enero y la de 17 de junio. Antes de estas dos últimas se había producido una Sentencia del Tribunal Constitucional, como veremos, que obligó al Tribunal Supremo a reconsiderar su posición primera (y también por virtual agotamiento de la materia a que se refirió toda la jurisprudencia expuesta, que se limitaba a un «recargo complementario» de la tasa de juego por el solo ejercicio de 1990); la Sentencia de 4 de julio de 2004 se refiere a ese mismo supuesto, sin tomar en cuenta la posición del Tribunal Constitucional.

jurisprudencia caracterizó esta devolución, ya lo he indicado, como un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por haber dictado la Ley que el Tribunal Constitucional había anulado por inconstitucional (10).

III

Vamos a analizar con algún detenimiento la argumentación desplegada por el Tribunal Supremo, para después enjuiciar su consistencia o inconsistencia, a nuestro criterio, que, naturalmente, sometemos, como es obligado en términos jurídicos, a cualquier otro que resulte mejor fundado.

a) La primera afirmación de que parte esta jurisprudencia expresa muy bien el espíritu con que el Tribunal Supremo ha abordado el problema; es la siguiente:

— Por una parte, se recuerda que con anterioridad a la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

«hemos admitido la posibilidad de existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la actuación del Estado legislador cuando han existido actuaciones concomitantes de la Administración causantes de un perjuicio singular, aunque éste, de manera mediata, tenga su origen en la Ley»,

citándose en concreto las Sentencias de 30 de noviembre de 1992, del Pleno de la Sala; de 1 de diciembre de 1992 «y más adelante por otras muchas», más la de 5 de marzo de 1993, tendencia que el Tribunal entiende que habría venido a corroborar la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, artículo 139.3 (Sentencias de 22 y 29 de febrero de 2000, del mismo ponente). En definitiva, de esa tendencia se obtiene una conclusión que parece el soporte básico de la posición del Tribunal Supremo en esta materia de la responsabilidad patrimonial del Legislador, la siguiente:

(10) La posición del Tribunal Supremo en este asunto y su crítica fue estudiada ya por G. DOMENECH PASCUAL, *Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una Ley inconstitucional*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 110, junio de 2001, cuando aún la jurisprudencia estaba en sus comienzos; sus conclusiones son virtualmente las mismas que aquí se sostienen.

«En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuyo régimen es aplicable a la responsabilidad del Estado Legislador...» (Sentencia de 11 de enero de 2001).

— Pero, además, se subraya que:

«Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el Derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una Ley, pueda generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación de derechos y lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles» (Sentencias de 29 de febrero y 13 de junio de 2000).

La posición inicial, pues, es la de pretender incorporarse, acaso con un perceptible cierto entusiasmo, a esa «notable tendencia» de entrar en la magna cuestión de la responsabilidad patrimonial «por hecho de las Leyes».

b) Se sienta a continuación un aserto: la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley de que se trataba no precisó por sí misma los efectos de dicha inconstitucionalidad respecto a los actos liquidatorios del gravamen complementario sobre las máquinas de juego. Este silencio significaría que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos determinar dichos efectos, decisión para la que deberán aplicar los principios generales del Derecho. Para decirlo en los términos propios de esta jurisprudencia:

«En nuestra opinión, cuando la propia Sentencia del Tribunal Constitucional [que anuló la Ley del Estado, como hemos visto] no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces contencioso-administrativos ante quienes se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad» (Sentencia de 15 de julio de 2000).

c) La calificación básica de que parten las Sentencias estudiadas es que todos los actos administrativos liquidatorios del gravamen cuya Ley de creación ha sido declarada inconstitucional son actos nulos de pleno derecho. Así, por ejemplo:

«Es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éste queda afectado por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también nulos de pleno derecho» (Sentencia de 20 de enero de 2001).

d) Tal nulidad de pleno derecho de los actos liquidatorios obliga a calificar el daño producido por los mismos como esencialmente antijurídico:

«No parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, de manera que quienes lo efectuaron no tenían el deber de soportarlo» (Sentencia de 20 de enero de 2001).

e) Esa nulidad de pleno derecho, que pone de relieve la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño causado por el pago forzoso del recargo complementario tributario de que se trataba, enerva el alcance del límite a la fuerza de cosa juzgada que expresamente formula el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —y la propia Constitución, añadimos nosotros, art. 161.1.a)— como límite formal a la eficacia de las Sentencias constitucionales que declaren la inconstitucionalidad de una Ley. Dice dicho artículo 40.1, en efecto:

«Las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes... no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencias con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales»,

salvo los casos de procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en el que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una exclusión o reducción de la pena o de la sanción (retroactividad *in bonus*, consagrada por el Derecho Penal). La jurisprudencia que estamos estudiando no se ve constreñida por un precepto tan explícito —que,

además, como hemos indicado ya, encuentra un respaldo constitucional directo e inequívoco: artículo 161.1.a) de la Constitución—. La Sala 3.^a se encontró con varios casos en que quienes reclamaban la devolución de los recargos habían seguido procesos anteriores a la Sentencia constitucional anulatoria de la Ley, procesos en los que se habían desestimado sus pretensiones, existiendo, así, Sentencias con fuerza de cosa juzgada que habían denegado la misma pretensión de devolución que ahora reiteraban (11). La jurisprudencia que estudiamos no se ve obligada por esa cosa juzgada a desestimar ahora lo que parece ser la misma pretensión de devolución. Se limita a soslayar el obstáculo legal con un quiebro conceptual, el siguiente:

«En nuestro sistema legal quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo Sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, que ejercitar, como en este caso ha procedido la entidad demandante, una acción por responsabilidad patrimonial derivada del acto del Legislador, dentro del plazo fijado por la Ley» (Sentencia de 20 de enero de 2001).

«Esta Sala considera que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada. El resarcimiento del daño causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificado por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación de una disposición de carácter inconstitucional no consentida por la interesada» (Sentencia de 29 de febrero de 2000).

f) El plazo de la acción de responsabilidad, que es tan fugaz (un año: art. 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Admi-

(11) DOMENECH PASCUAL da varias referencias (*op. cit.*, pág. 271) de esas Sentencias dictadas por los Tribunales superiores y que se dictaron sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, quedando firmes.

nistrativo Común), no se contaría desde la fecha de la producción del daño cuya reparación se pretende (ese daño se había producido en 1990, o quizás en algún caso algunos meses después, plazo vencido, pues, al producirse la Sentencia constitucional anulatoria), sino que, invocando la doctrina de la *actio nata*, habría de computarse a partir de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de dicha Sentencia constitucional, lo que se daba en casi todos los casos a que se refiere la serie jurisprudencial que estudiamos. Así, entre otras muchas, la Sentencia de 11 de enero de 2001.

g) Casi obvio es decir que si esa tesis se predica de situaciones que parecían gozar de la santidad de cosa juzgada, mucho más se aplicará a supuestos en que los reclamantes habían consentido las liquidaciones por no haberlas impugnado ni en vía judicial y, con toda frecuencia, ni en vía administrativa siquiera, ni haber solicitado dentro del plazo legal (cinco años en el momento en que esas liquidaciones se produjeron, que redujo a cuatro la Ley de 1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes) su devolución como «ingresos indebidos». Esta situación de firmeza (que suele calificarse por la jurisprudencia de «consentimiento» del acto por su destinatario, como alguna Sentencia de la serie estudiada declara expresamente; así, la de 8 de marzo de 2001: «los recurrentes *consintieron* la autoliquidación que presentaron siguiendo el mandato de la Ley vigente, luego declarada inconstitucional») no enervaría tampoco la acción de responsabilidad: Sentencias, entre otras muchas, de 15 de julio, 30 de septiembre, 23 de diciembre de 2000 y la citada de 8 de marzo de 2001.

h) En varias Sentencias se precisa por qué no sería oponible el transcurso «de los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos» (Sentencia de 8 de marzo de 2001) y cómo es posible quebrantar la fuerza de la cosa juzgada contra el tenor del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y contra lo que este mismo Tribunal había declarado en otras ocasiones (y aun en el caso específico de la ejecución de su Sentencia 173/1996 —que es la de cuya ejecución trata el Tribunal Supremo en esta serie jurisprudencial—, como veremos). La Sentencia de 1 de enero de 2001 apunta a esta singular razón:

«Este principio [de seguridad jurídica], en efecto, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la declaración a la devolución de los ingresos de esta naturaleza realizados al amparo de

una Ley declarada inconstitucional (vgr., STC 45/1989), afecta al ingreso tributario en sí mismo, al acto administrativo en cuya virtud ha tenido lugar y a la Administración que lo ha percibido dentro de un sistema tributario que se rige por un principio de equilibrio entre ingresos y gastos. Sin embargo, dicho principio no puede extraerse de este contexto para acudir a exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa. En efecto, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la Ley inconstitucional *no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de Legislador responsable de los perjuicios causados, es ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la Ley declarada inconstitucional... como en el caso examinado*».

El dato que se invoca es, en efecto, cierto. Las tasas sobre el juego y sus recargos, por tanto, aunque reguladas por el Estado, nutrieron, como ya hemos notado, las Haciendas autonómicas, no la estatal. Pero veremos que, a nuestro juicio, esa razón no es bastante para justificar incumplir la obligación de respetar la cosa juzgada que imponen tanto la Constitución —art. 161.1.a)— como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 40.1.

i) Pero hay que decir que el propio Tribunal Supremo ilustra a los perjudicados de que ni siquiera el transcurso del plazo de un año desde la publicación de la Sentencia enervaría la posibilidad de la reparación, si bien en este caso el interesado debería pedir la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo denegatorio de la indemnización, posibilidad que podría ejercerse sin sujeción a plazo alguno. Así, Sentencia de 23 de diciembre de 2000, entre otras muchas. «No existe el valladar de la cosa juzgada», dice con énfasis la Sentencia de 22 de enero de 2004, para poder instar esa declaración de nulidad.

j) Todos esos argumentos se inscriben no sólo en los criterios generales que ya expusimos inicialmente, esto es, en la tendencia «en la doctrina y en el Derecho comparado» que habría normalizado la

posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial por actos del Legislador (posición que intenta verse en la modificación que la Ley 4/1999, de 13 de enero, hizo del artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Común de 1992; así, Sentencias de 11 y 13 de enero de 2001), sino también por otra corriente paralela que aplica ese criterio al supuesto precisamente de Leyes declaradas inconstitucionales. Dice, en efecto, el Tribunal Supremo:

«Existe una notable tendencia en la doctrina y en el Derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una Ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles» (Sentencia de 11 de enero de 2001).

k) No faltan Sentencias que directamente se enfrentan con la posición del Tribunal Constitucional sobre la misma cuestión de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, citándose incluso las Sentencias constitucionales que interpretan de otro modo el alcance del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del propio Tribunal Constitucional, de las que se discrepa (así, entre otras varias, Sentencias de 23 de diciembre de 2000, 6 de febrero de 2001 y 22 de enero de 2004), estableciéndose como apodíctico que el único camino con que cuenta el Tribunal Constitucional para imponer su criterio es el de incluirlo en el pronunciamiento mismo de sus Sentencias anulatorias de las Leyes por inconstitucionales, en defecto de lo cual correspondería necesariamente a los Tribunales contencioso-administrativos con carácter exclusivo determinar si hay lugar o no a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la Ley anulada, aplicando los principios generales del Derecho (Sentencias, entre otras muchas, de 30 de enero y 6 de febrero de 2001).

Incluso varias Sentencias se han enfrentado frontalmente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1997, de 2 de octubre, que declaró de forma explícita que la misma, específica Sentencia de cuyas consecuencias se ha tratado de extraer las consecuencias indemnizatorias por toda la serie de Sentencias del Tribunal Supremo que estamos estudiando, no podía sustraerse a la prohibición legal de revisar la cosa juzgada. La Sentencia de amparo 159/1997, producida a propósito de la inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la Ley de 29 de junio de 1990, que había declarado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 173/1996, que ya conocemos, sostiene lo siguiente en su Fundamento Jurídico 7.B):

«... resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la citada ST 173/1996 no permite revisar un proceso fenecido mediante Sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una Ley luego declarada inconstitucional. Pues no estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o la exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el artículo 40.1 LOTC, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (SSTC 45/1989, 55/1990 y 128/1994)».

Es de notar que esta Sentencia, que tan explícita es a propósito del mismo supuesto con que se enfrentó el Tribunal Supremo en la serie jurisprudencial que estudiamos, esto es, la inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre gravamen complementario sobre máquinas de juego, se produjo como consecuencia de un recurso de amparo formulado por una empresa balear titular de varias máquinas de las objeto del gravamen declarado inconstitucional porque el Tribunal Superior de Baleares no había planteado cuestión de inconstitucionalidad sobre el citado precepto y había quedado así firme la Sentencia que había confirmado la legalidad y plena corrección del citado gravamen complementario. El Tribunal Constitucional es, pues, categórico sobre el mismo específico supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo, en el sentido de que la superveniencia de una declaración de inconstitucionalidad de la Ley aplicada como plenamente válida y eficaz por el Tribunal ordinario no faculta, en modo alguno, a quebrantar la fuerza de cosa juzgada ganada definitivamente por la Sentencia firme dictada por ese Tribunal ordinario que partió de la validez de la Ley.

Pues bien, el Tribunal Supremo conoce y cita esa Sentencia constitucional, así como las otras tres anteriores que ella cita, y, sin embargo, no tiene reparo alguno en disentir de ella, de su fallo y de su doctrina. Así, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2001, que, tras una cita puntual de tal posición inequívoca del Tribunal Constitucional, comienza en el siguiente Fundamento:

«Esta Sala estima, sin embargo, en las Sentencias que sirven de precedente a ésta, que la acción de responsa-

bilidad *ejercitada* es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la Sentencia, *pues la Sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada*».

No puede ser más manifiesta, pues, la oposición de criterios entre los dos altos Tribunales, como se ve.

l) Para concluir, digamos aún que en varias Sentencias se encuentra una invocación al principio de protección de la confianza legítima como un fundamento sustantivo de la responsabilidad patrimonial del Legislador al margen ya de las cuestiones que plantean las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad de una Ley. Así, la Sentencia de 6 de noviembre de 2000:

«Para examinar si esto es así [si cabe apreciar responsabilidad cuando las Leyes producen un sacrificio patrimonial] es menester utilizar varios criterios. Entre ellos reviste singular interés el relacionado con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones. Estos conceptos, utilizados por las Sentencias de esta Sala, están estrechamente relacionados con el *principio de confianza legítima*, enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades... obliga a responder en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionada a los intereses en juego y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, *generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento*».

IV

Resulta difícil aceptar toda la trabajosa construcción que ha hecho el Tribunal Supremo para poder justificar su posición resuelta de condenar al Estado a indemnizar todos los perjuicios derivados

de la aplicación de una Ley estatal declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, incluso en los supuestos, como el de la Sentencia constitucional de que se trata, en que el propio Tribunal Constitucional ha determinado de manera específica cuáles han de ser los efectos de su propia Sentencia, aunque no lo haya hecho en esta última, sino en una posterior Sentencia de amparo.

Hemos de manifestar, por de pronto, nuestra discrepancia formal con varias de las afirmaciones de principio de que ha partido el Tribunal Supremo: que su posición se sitúa en una supuesta corriente general que postularía la normalidad de una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, que la misma corriente general se produce a propósito de las consecuencias de la declaración como inconstitucional de una Ley; que el artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común habría admitido la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y la competencia para ello del orden contencioso-administrativo; que el principio de protección de la confianza, hoy consagrado en el artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas redactado por la Ley 4/1999, ampara igualmente la misma pretensión indemnizatoria.

a) He dedicado varios trabajos a oponerme a la tesis de un sector (hay que decir que muy limitado) de la doctrina y de una corriente (más abundante) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual sería normal en los Estados más desarrollados que los Tribunales ordinarios, y específicamente los contencioso-administrativos allí donde existen, declaren la responsabilidad patrimonial del Estado «por hecho de las Leyes». Es, sencillamente, una información inexacta. Sólo en Francia se ha producido algún caso excepcional en el que el Consejo de Estado ha declarado tal responsabilidad (cuatro, concretamente, en setenta años), y en todos los supuestos como interpretación de la voluntad tácita o implícita del Legislador aunque luego no la hubiese expresado. Esto ha hecho que la doctrina más reciente sobre el tema hable de «un régimen de reparación *aceptado por el Legislador*» mismo, la interpretación de cuya voluntad implícita es todo el sentido de la jurisprudencia *La Fleurette*, inaugurada en 1938 por el Consejo de Estado (12). En la última monografía sobre el tema, la de Camille BROYELLE, de 2003, *La responsabilité de l'État du fait des lois* (13), el prologuista y director de la tesis doctoral de que se trata, el Profesor Yves GAUDEMET, cuya autoridad es reco-

(12) G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, 12.^a ed., París, 1992, pág. 639.

(13) París, 2003. Las palabras del Prólogo de Y. GAUDEMET que se citan a continuación en el texto, en pág. VIII.

nocida, resume el sentido de la investigación con estas palabras que me parecen especialmente oportunas para nosotros:

«*No existe, no ha existido jamás y no habrá jamás verosímilmente, responsabilidad del Estado por hecho de la Ley, ni sobre el fundamento de la culpa ni sobre el de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas*».

Antes ha indicado que la jurisprudencia *La Fleurette* sólo puede interpretarse como

«una indemnización fundada sobre la voluntad superpuesta (o reconstruida o interpretada) del Legislador»

mismo, en modo alguno frente o contra él.

Trabajar en otra supuesta dirección sólo puede apoyarse en una negación de la esencia misma de la Ley (14).

El único supuesto legítimo de una verdadera responsabilidad patrimonial por actos legislativos es cuando éstos desconocen o infringen normas superiores de los ordenamientos comunitarios o internacionales dotados del principio de primacía normativa y, por tanto, con capacidad reactiva o neutralizadora de la norma inferior que puede hacer valer el mismo juez. Tal es la conclusión de esas mismas investigaciones recientes en varios ordenamientos y ése es el único supuesto en que en el nuestro puede aceptarla (15) (16).

b) Es igualmente inexacta la creencia de la normalidad de una responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la de-

(14) Me permito remitir a mis trabajos citados *supra*, nota 7. Un resumen, en *Curso de Derecho Administrativo*, en colaboración con Tomás-R. FERNÁNDEZ, tomo II, 9.^a ed., Madrid, 2004, págs. 411 y ss.

(15) Vid. el libro de BROUELLE cit. *La responsabilité de l'État du fait des lois*, págs. 257 y ss. En último término, observa esta autora, pág. 258, puede descomponerse el juicio de responsabilidad por una Ley que viole el Derecho Comunitario (como admitió el *Conseil d'État* en su Sentencia *Tobacco*, de 1992; por cierto, tres años antes de que el Tribunal de Justicia formulase la teoría general de esta responsabilidad con su Sentencia *Francovich*) de esta forma: la Ley, como contraria al Derecho Comunitario, es, desde su origen, inaplicable; el decreto dictado para su aplicación está, por tanto, desprovisto de base legal; la decisión ministerial tomada sobre el fundamento de ese decreto es, consecuentemente, ilegal; y esta ilegalidad es de naturaleza a generar la responsabilidad del Estado. De este modo puede hablarse de una responsabilidad administrativa por específica ilegalidad, reconducible a la teoría general de la responsabilidad de la Administración, llanamente.

(16) Sobre el caso de Italia (que algún autor español —p. ej., R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado Legislador*, Barcelona, 2001— incluye entre los ordenamientos que reconocerían una responsabilidad ordinaria por actos legislativos), vid. últimamente A. PIZZORUSSO, «La responsabilité de l'État du fait des actes législatifs en Italie», en *Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, París, 2004, págs. 913 y ss., con análogos resultados.

claración de inconstitucionalidad de una Ley, cuestión de la que, por su complejidad, trataremos al final de este trabajo.

c) En fin, tampoco puede objetivamente sostenerse que la nueva redacción dada por la Ley 4/1999 al artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común haya admitido la declaración de una responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El nuevo texto de dicho artículo 139, apartado 3, dice exactamente:

«Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos».

Aunque la redacción no es muy feliz (obsérvese que el plural «éstos» no se refiere al último nombre común anterior, «derechos», sino a «particulares», más alejado), no parece que quepan dudas serias sobre su interpretación, que, a nuestro juicio, que por lo demás es el del común de la doctrina, es la siguiente:

1) *No se indemnizan los daños, con la excepción que veremos, causados por las Leyes más que «cuando así se establezca» en dichas Leyes y en la cuantía y condiciones que éstas determinen (entendemos que no ha sido técnicamente correcto prever este supuesto, puesto que si una Ley acuerda que se efectúen determinados pagos a particulares no se tratará propiamente de una «responsabilidad», que es el epígrafe tanto del capítulo como del Título en los que el precepto se incluye dentro de la Ley de que se trata, sino de una «obligación derivada de la Ley», en los términos de los artículos 1089 y 1090 del Código Civil como distinta de la responsabilidad), siendo, por otra parte, ocioso que otra Ley, como la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, diga algo sobre los efectos, que son plenos, de la propia Ley que declara la obligación.*

2) La excepción a la anterior regla, bastante obvia, es la que ha creado el problema interpretativo. Es claro, a mi juicio, sin embargo, que su sentido se refiere al supuesto específico de Leyes que tengan un contenido expropiatorio desde el punto de vista material; ese supuesto admite, a su vez, dos variantes: que teniendo contenido ex-

propiatorio disponga, directa o indirectamente, como la Constitución impone (art. 33.3), que esa expropiación vaya acompañada de la «correspondiente indemnización», previo el procedimiento oportuno; y segunda posibilidad: que teniendo dicho contenido expropiatorio en su regulación material, pretenda excluir cualquier indemnización negándola directa o indirectamente. Este último caso no puede nunca dar lugar a que un juez o Tribunal ordinario imponga una responsabilidad patrimonial al Estado; por el contrario, el supuesto sería el de una Ley inconstitucional, por violación del artículo 33.3 de la Constitución, Ley respecto de la cual la única facultad con que cuenta el juez o Tribunal ordinario es la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 de la Constitución y art. 5, apartados 2 y 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Un juez o Tribunal ordinario carece de facultades para declarar como expropiatoria una Ley que excluya la indemnización de los perjuicios que puedan resultar de su aplicación. Para obtener tal conclusión es menester contrastar los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la Constitución, esto es, si el Estado actúa dentro de su poder de «delimitar el contenido del derecho de propiedad» por razón de su *función social*, o si ha operado una verdadera expropiación de dicho derecho sin las garantías que para ese supuesto impone el apartado 3 del artículo, cuestión que sólo puede resolverse por un juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley, reservado al Tribunal Constitucional. Así operan todos, sin excepción, los Tribunales Constitucionales del mundo entero, sin excluir el Consejo Constitucional de Francia, país al que suele atribuirse la hipotética normalidad de una jurisdicción sobre las Leyes por parte de los Tribunales contencioso-administrativos (17).

(17) Cfr. los datos que ofrezco en mi trabajo «La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del Legislador en el Derecho Comparado», ya citado más atrás. Todos los países con control de constitucionalidad de las Leyes, sin excepción, conocen ese problema de distinguir entre una privación de la propiedad, sólo posible mediante expropiación con indemnización, de la restricción o limitación del derecho de propiedad, que se legitima en lo que hoy se llama «función social» de los derechos, que es una competencia ordinaria del Legislador no necesitada de indemnización alguna. Es la distinción entre lo que la primera jurisdicción constitucional de la historia, la norteamericana, conoce desde hace casi doscientos años con el par de conceptos de *taking* y *regulation*. Obvio es decir que también es doctrina constante de nuestro Tribunal Constitucional: Sentencias 108/1986, sobre reducción de la edad de jubilación de los jueces por la Ley Orgánica del Poder Judicial; 99/1987, sobre la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, reducción de la edad de jubilación de jueces y magistrados; 37/1987, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza; 70/1988, sobre el Real Decreto-Ley de 24 de septiembre de 1982, con la misma reducción de la edad de jubilación para los profesores de EGB; 227/1988, sobre la Ley de Aguas; 65/1990, sobre la Ley de Presupuestos para 1984, que agravó el régimen de incompatibilidades económicas de los funcionarios; 149/1991, sobre la Ley de Costas; 401/1993, sobre la Ley de Propiedad Horizontal de 1960; 89/1994, sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1989; 6/1998, sobre el Real Decreto-Ley de 20 de julio de 1979, que redujo beneficios fiscales en las viviendas protegidas, etc.

No hay, pues, el menor espacio para que un juez o Tribunal ordinario pueda declarar directamente por sí una responsabilidad patrimonial del Legislador en base al artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

d) En fin, a la inoportunidad de traer a colación sobre estas cuestiones el principio de protección de la confianza legítima me he referido ya en otro trabajo, al que ahora me bastará remitir (18).

V

Tampoco resulta admisible que se afirme que no existe una regulación sobre los efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la constitucionalidad de las Leyes, y que esa supuesta laguna debe ser suplida con exclusividad por los Tribunales contencioso-administrativos aplicando los principios generales del Derecho como supuesta norma supletoria.

La propia Constitución preceptúa en su artículo 161.1.a):

«La declaración de constitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, *si bien la Sentencia o Sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada*».

El artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 dice, por su parte:

«Las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley *no permitirán revisar procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes o disposiciones o actos inconstitucionales*, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

(18) Me refiero a mi artículo *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad del Estado Legislador*, en el núm. 159 de esta REVISTA, ya citado.

Sobre este régimen explícito existe una doctrina de alguna autoridad. Citaré sólo dos trabajos monográficos de dos autorizados Letrados del Tribunal Constitucional (el primero, además, Catedrático de Derecho Constitucional y Secretario del Tribunal), los de Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Qué hacer con la Ley inconstitucional*, y su debate en el seno de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional objeto de un volumen completo (19), y el Comentario al artículo 40 de la Ley Orgánica por Ángel GÓMEZ MONTORO (20).

En su excelente trabajo, JIMÉNEZ CAMPO glosa el límite de la cosa juzgada que impone el artículo 161.1.a) de la Constitución y que reitera —sólo reitera, no lo estatuye por vez primera— el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal. Y afirma, en resumen:

«Plena eficacia, pues, de la anulación en los procesos públicos aún pendientes o susceptibles, según sus reglas propias, de apertura (SSTC 66/83/3 y 223, 224, 225, 226 y 233/94 y AATC 106 y 236/83, resoluciones todas dictadas en recursos de amparo); *estabilidad, de otra parte, de las situaciones jurídicas ya firmes o “consolidadas”*, excepción hecha de aquellas que provengan de condena penal o de sanción administrativa.

Éste es, a mi juicio, el sistema de la Constitución y de la LOTC, en el que no existe otra “retroactividad” del fallo anulatorio que la establecida en el último inciso del artículo 40.1 de la citada Ley Orgánica. Si las cosas, pese a la sencillez de estas reglas, se han ensombrecido un tanto ello se debe a la *pervivencia de algunas imágenes ilusorias sobre la idea misma de “nulidad” (quod nullum est, nullum producit effectum)* y también, o principalmente, *al empleo retórico por parte de todos —Tribunal incluido— de nociones asociadas a una visión casi mítica del vicio de inconstitucionalidad como vicio “originario” y de la potestad de anular como poder taumatúrgico hacia el pasado: invalidez ex tunc de la declaración de nulidad (STC 171/85/2). Empleo retórico, digo, porque nunca*

(19) J. JIMÉNEZ CAMPO, *Qué hacer con la Ley inconstitucional*, en el volumen editado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales con el siguiente título: *La Sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid, 1997, págs. 15-79; en el mismo volumen, la colaboración de R. PUNSET BLANCO, «Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las Leyes», págs. 81-99, y el debate a las dos ponencias en la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.

(20) En los relevantes *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, editados por el propio Tribunal y dirigidos por J. L. REQUEJO PAGÉS, Madrid, 2001, págs. 608-631.

el propio Tribunal ha extraído consecuencia jurídica alguna de tales declaraciones —en rigor impracticables—, habiendo sido su preocupación, más bien, la de limitar la irradiación hacia el pasado de los propios pronunciamientos de inconstitucionalidad mediante la designación genérica, por lo común en el último de los fundamentos jurídicos de la sentencia, de las situaciones que habrían de ser consideradas, pese al fallo de nulidad, irreversibles... el Tribunal ha ido privando de razón práctica a esa difundida interpretación de la nulidad que le atribuye, genéricamente, efectos retroactivos».

Y especifica seguidamente esa evolución en sus hitos jurisprudenciales. Según JIMÉNEZ CAMPO, esas aclaraciones no son frecuentes en los comienzos del Tribunal Constitucional, pero se generalizarían ya en la década de los noventa. De la primera época cita las SSTC 83/1984 y 60/1986. La primera, que enjuició la Ley de Bases de la Sanidad Nacional en relación con la apertura de farmacias,

«no es una sentencia de anulación, sino, estrictamente, de declaración de derogación por obra de la Constitución»,

habiendo llevado el Tribunal al fallo los efectos de su pronunciamiento («Declarar que la derogación de la norma legal cuestionada no entraña por sí misma la invalidez de las normas reglamentarias dictadas hasta el presente a su amparo»). Por su parte, la STC 60/1986 (Medidas urgentes de Reforma Administrativa) sería la que inaugura la práctica de fijar en el último Fundamento los efectos del fallo y su limitación, aunque sin motivar por qué. Dijo, en concreto:

«Declarar que la derogación de la norma legal cuestionada no entraña por sí misma la invalidez de las normas reglamentarias dictadas hasta el presente a su amparo».

Esta STC 60/1986 dijo, además, en su último Fundamento:

«Esta anulación no ha de comportar, sin embargo, la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas creadas a su amparo, pues *no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto*

invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de entrada en vigor de las mismas».

Tras la STC 45/1989 (IRPF.I) (21), que es la que fija resueltamente el efecto «prospectivo», esto es, que los efectos de la anulación se producen a partir de la propia Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la obligación legal de los cónyuges de efectuar una declaración conjunta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dando

«el muy relevante paso de asimilar los efectos de la firmeza administrativa a los de la cosa juzgada, criterio que se reiterará en las SSTC 149/94 (IRPF. II), 179/94 (Cámaras de Comercio I), 195/94 (reforma de la Ley General Tributaria por la Ley de Presupuestos) y 185/95 (Tasas y Precios públicos)».

JIMÉNEZ CAMPO observa que hay otra serie de Sentencias en que se limitó el efecto de la anulación de Leyes procesales a los actos que se adoptasen a partir de la publicación de la propia Sentencia, salvándose de forma expresa la eficacia de los actos ya realizados (SSTC 55/1990 —Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado—, 128/1994 —Ley de creación del Banco Hipotecario— y 254/1994 —art. 737 LEC—):

«La práctica jurisprudencial que acabo de citar —dice el mismo autor— ha dado ocasión para aclarar, lo que es de utilidad muy estimable, algunos malentendidos sobre los efectos de la anulación, pero resulta, en sí misma, seguramente discutible. El Tribunal suele justificar la procedencia de estas declaraciones con la afirmación... que la LOTC le “deja” la determinación de los efectos de su fallo estimatorio».

aunque esta previsión no se dé en el artículo 40.1 LOTC, así como sí existe sobre las Sentencias de amparo —art. 55.1.a)— y conflictos de competencia (art. 66 *in fine*). Puede concluirse que las reglas sobre los efectos de las Sentencias de inconstitucionalidad están dirigidas sobre todo al Poder Judicial, aunque, como ha dicho algún autor (PIBERNAT) y lo declaró alguna Sentencia constitucional, como la STC

(21) Esta Sentencia constitucional fue glosada por mí mismo en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 61, en mi trabajo *Un paso importante para el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales*.

160/86/5 (Control de cambios), JIMÉNEZ CAMPO estima que esta cuestión «*es una cuestión de Derecho Constitucional sustantivo*».

El segundo autor que hemos citado, GÓMEZ MONTORO, en los *Comentarios a la LOTC*, promovida y editada por el propio Tribunal, comienza observando que el artículo 40.1 «no contiene una regulación completa sobre la eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley» (22). Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad no puede extenderse mecánicamente a los Reglamentos dictados en su desarrollo (23), aunque haya casos excepcionales en que sí (24). Más nos interesa ahora su juicio sobre la incidencia de estas Sentencias «sobre las situaciones nacidas al amparo de la Ley inconstitucional». La deducción de que la nulidad de la Ley haría nulas todas las situaciones surgidas a partir de ella es una

«solución [que] no se ha llevado nunca a la práctica y todos los ordenamientos introducen rectificaciones tendientes a proteger la seguridad jurídica, los intereses de quienes se acogieron a la Ley de buena fe y, en ocasiones, un interés general que se vería seriamente dañado si se removieran desde los cimientos todos los efectos producidos por la Ley inconstitucional» (25).

La conclusión de una retroactividad general, actuante sobre todas las situaciones creadas al amparo de la Ley luego declarada inconstitucional,

*«es demasiado simple y en la práctica el TC viene separando en determinados supuestos inconstitucionalidad de nulidad y ambas del reconocimiento de efectos **ex nunc** a sus sentencias... [lo cual] dependerá de la gravedad de las consecuencias que puedan derivarse de la remoción del pasado» (26).*

Observa que, en los primeros años, el Tribunal derivó de los artículos 39 y 40 LOTC la retroactividad de efectos de la declaración de inconstitucionalidad, pero que, a partir de la STC 45/1989, el Tribunal entiende que a él le corresponde decidir en cada caso los efectos

(22) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2001, pág. 610.

(23) *Comentarios*, pág. 613.

(24) *Comentarios*, págs. 614-615.

(25) *Comentarios, ibidem*.

(26) *Comentarios*, pág. 615.

de sus Sentencias, lo cual crea problemas precisamente cuando no se produce tal declaración (27).

Respecto del explícito límite legal de que la declaración de inconstitucionalidad de una Ley no afectará a las Sentencias con fuerza de cosa juzgada en que se haya hecho aplicación de dicha Ley, explica el caso abordado por algunas Sentencias resolutorias de recursos de amparo (SS 159/1997 y 6/1998) según las cuales la fuerza de cosa juzgada se mantiene si el amparo se apoya en preceptos de la misma Ley declarada inconstitucional, pero que no estaban entre los declarados inconstitucionales (a diferencia de aquellos casos en que las Sentencias de amparo, por haberse basado en un precepto declarado inconstitucional, el Tribunal entendió que no había fuerza de cosa juzgada anterior: Sentencias 223, 224, 225 y 226 de 1994, todas referentes a cuotas camerales en relación con la Sentencia 179/1994, que había declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria). En otros casos el Tribunal Constitucional ha declarado irrevisables, no obstante la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, los simples actos administrativos firmes, como en la Sentencia 45/1989, de 29 de febrero, sobre Impuesto General sobre la Renta, que ya conocemos, invocándose el principio constitucional (art. 9.3) de seguridad jurídica, *criterio mantenido, en general, en Sentencias recaídas en los casos de Leyes tributarias* (Sentencias 146/1994, 195/1994, 185/1995, 194/2000 y 289/2000) *y procesales* (SS 199/1987, 55/1990, 128/1994). Por supuesto, la declaración de inconstitucionalidad despliega toda su eficacia cuando están abiertos los procesos impugnatorios de los actos de aplicación de los preceptos de la Ley declarada inconstitucional. GÓMEZ MONTORO entiende que hay ventajas en que sean los órganos judiciales ordinarios los que determinen el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, como el Tribunal Constitucional ha declarado alguna vez (Sentencia 160/1986), aunque entiende que la decisión de limitar los efectos hacia el pasado debe proceder normalmente del propio Tribunal Constitucional. Finalmente, este autor critica de manera expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en el momento de su trabajo, había comenzado a condenar al Estado por responsabilidad patrimonial aun en los casos de existir Sentencias firmes, sin aceptar los argumentos que invoca el Tribunal para desvirtuar los efectos de la cosa juzgada (28).

(27) *Comentarios*, págs. 615-617.

(28) *Comentarios*, pág. 626-627.

VI

Con la anterior exposición quedamos ya en condiciones de dirigir nuestra propia crítica a la doctrina de la serie jurisprudencial que estudiamos referente a la declaración de responsabilidad patrimonial del Legislador como autor de una Ley que ha sido declarada inconstitucional.

Comencemos por analizar los argumentos básicos de esa doctrina.

a) Examinaremos las dos afirmaciones enfáticas y solemnes de que parte toda la serie jurisprudencial estudiada. La primera es que la determinación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley corresponde a los jueces y Tribunales ordinarios, que únicamente ceden (o, mejor, deben aceptar) ante las determinaciones contrarias que hayan hecho las propias Sentencias del Tribunal Constitucional que hayan declarado la inconstitucionalidad. La segunda es que, no existiendo una determinación legal clara de los efectos de la inconstitucionalidad de una Ley, corresponde concretar esos efectos en los casos concretos a los Tribunales contencioso-administrativos, que habrán de decidir los litigios sobre la materia conforme a los principios generales del Derecho. Ambos extremos deben ser rectificadas.

Parece evidente que no existe medio procesal específico para que el Tribunal Constitucional pueda llevar a cabo en casos controvertidos sus propias Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de una Ley; no existe, en efecto, un juicio ejecutorio de dichas Sentencias y, dada, además, la situación de virtual colapso de la jurisdicción constitucional, no sería mínimamente razonable postular una adición legal para reconocer a la misma esa competencia, que el artículo 80 de su Ley Orgánica, que formula ciertas remisiones al régimen común de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco permite suplir con una eventual aplicación de ésta en materia de ejecución de Sentencias. Pero eso no quiere decir que el Tribunal Constitucional carezca de instrumentos para entrar en eventuales problemas de la ejecución de sus Sentencias, *que es un problema de estricto Derecho Constitucional*, como bien se comprende. *El más obvio de tales instrumentos es el del recurso de amparo, que ya ha tenido ocasión de ejercitarse en este menester, como hemos podido ver con el repaso que hemos hecho de la jurisprudencia constitucional al hilo de las opiniones de algunos de sus cualificados Letrados. En sus Sentencias 179/1994 y 22/1996, el Tribunal Constitucional resolvió recursos de*

amparo contra Sentencias contencioso-administrativas dictadas a propósito de los efectos que había que reconocer a su anterior STC 179/1994, sobre inconstitucionalidad de la Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. En ellas, tras aceptar que la cuestión afectaba al artículo 24.1 de la Constitución, declara que «el derecho no resultó vulnerado al haber dado el juzgador *a quo* una interpretación razonable y... suficientemente razonada».

Comenta este fallo JIMÉNEZ CAMPO, certeramente (29):

«Algo paradójico es ya que el autor —e “intérprete auténtico”, por lo tanto— de la norma interpretada se vea llevado aquí, en el ámbito del artículo 24.1 CE, a un mero juicio de “no arbitrariedad sobre lo resuelto por la jurisdicción ordinaria”. *Los recursos de amparo... planteaban rigurosamente un problema de derecho fundamental sustantivo, para cuyo enjuiciamiento no estaba limitado el Tribunal Constitucional... O se deja [el problema de la ejecución de la anterior Sentencia de inconstitucionalidad] en manos de la jurisdicción ordinaria, desde el principio, la determinación de los efectos, en cada caso, del fallo de nulidad o, si no se hace así y se entra a definir el alcance del fallo, se ha de reconocer; creo, que el eventual problema de interpretación de tales declaraciones es una cuestión de Derecho Constitucional sustantivo que, cuando afecta a un derecho fundamental, tiene abierta la vía del recurso de amparo».*

Así lo creo yo también, por cierto, con lo que la competencia propia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver íntegramente los problemas derivados de la ejecución de una Sentencia de inconstitucionalidad *no pasaría de ser una competencia inicial, revisable siempre por la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional* (lo que sospecho que no hizo el Abogado del Estado con las Sentencias del Tribunal Supremo que estamos estudiando, aunque, sin duda, lo merecían).

Es, por cierto, lo que había ocurrido ya a propósito de la ejecución de la específica Sentencia de inconstitucionalidad 176/1996, de 2 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad del precepto legal que creaba el famoso arbitrio complementario sobre las máquinas de juego, cuyas consecuencias estamos estudiando. En efecto, sobre

(29) J. JIMÉNEZ CAMPO, «Qué hacer con la Ley inconstitucional», cit., pág. 45. *Cursiva mía.*

los efectos de esa Sentencia se planteó y se resolvió un recurso de amparo (Sentencia 159/1997, de 2 de octubre). En esta Sentencia el Tribunal Constitucional fue absolutamente explícito en afirmar que la ejecución de la Sentencia de inconstitucionalidad no permitía reabrir los procesos con fuerza de cosa juzgada, criterio que ya sabemos que no siguió el Tribunal Supremo por el argumento de la sustantividad de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislativo, al que luego nos referiremos.

La segunda afirmación de principio del Tribunal Supremo es que no habría supuestamente una regulación propia de los efectos de las Sentencias de inconstitucionalidad fuera de lo que dispone el artículo 40.1 de su Ley Orgánica, lo que habilitaría, e incluso forzaría, a acudir a los Tribunales contencioso-administrativos para que los mismos apliquen los principios generales del Derecho como fuente supletoria. Esta afirmación en su generalidad es inexacta, pues el artículo 40.1 es ya una regulación de los efectos de la inconstitucionalidad; y más aún si se tiene en cuenta —lo que ninguna Sentencia del Tribunal Supremo recuerda— que la regla procede directamente de la propia Constitución nada menos, artículo 161.1.a). Pero, en todo caso, siendo esta cuestión un tema no propiamente de Derecho Administrativo, ni de Derecho Procesal, sino de Derecho Constitucional sustantivo, el juego de esos principios generales del Derecho se matiza de forma sustancial con reglas constitucionales explícitas, como es, por cierto, el de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, como el propio Tribunal Constitucional ha recordado más de una vez, y con la apertura resuelta de estas materias al recurso de amparo, en cuyo seno el Tribunal Constitucional, controlando la observancia del artículo 24.1 de la Constitución, podrá controlar las decisiones que hayan adoptado los Tribunales contencioso-administrativos.

b) El siguiente punto sobre el que debemos llamar la atención es sobre cómo el Tribunal Supremo se aparta deliberadamente de los criterios que el Tribunal Constitucional ha sentado, tanto en general como incluso en particular, sobre los efectos de la propia Sentencia anulatoria de la Ley creadora del famoso arbitrio complementario aludido. Ya vimos que el Tribunal Constitucional no sólo había dictado la Sentencia anulatoria del precepto legal creador de dicho arbitrio, sino que también, siguiendo la vía que su propia jurisprudencia había abierto, como hemos visto con detalle, determinado los efectos que para los destinatarios de dicha norma anulada debería tener el fallo de inconstitucionalidad al resolver un recurso de amparo interpuesto por uno de los afectados. Ya vimos que, en efecto, el Tribunal Constitucional, un año después de su Sentencia de inconstitucionalidad

dad, resolvió con la Sentencia 159/1997, de 2 de octubre, un recurso de amparo en que se suscitó la misma específica cuestión de si la Sentencia 173/1996, que había anulado el arbitrio complementario, tenía el vigor suficiente para romper por sí misma una Sentencia contencioso-administrativa firme que había partido de la constitucionalidad de la Ley luego anulada y había declarado, en consecuencia, justificada la liquidación tributaria que se había hecho al recurrente en aplicación de dicha Ley. Esta Sentencia de amparo 159/1997 declaró de manera explícita que la firmeza de la Sentencia contencioso-administrativa ya dictada, que había partido de la validez de la norma legal creadora del arbitrio complementario que luego el propio Tribunal había declarado inconstitucional, *tenía plena fuerza de cosa juzgada y que como tal había que estar y pasar por lo por ella decidido, sin que pudiese pretender ser revisada o dejada sin efecto* como consecuencia de la posterior declaración de inconstitucionalidad de la Ley aplicada, ya que esta consecuencia la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, además de la Constitución misma (añadimos nosotros), la permitía sólo en materia penal y sancionatoria cuando la pena o la sanción impuesta era más grave de la que hubiera resultado si la Ley declarada inconstitucional no se hubiera aplicado, lo que no era el caso. Y ya vimos también que esta doctrina fue aplicada también, extendiendo la firmeza no ya sólo a las Sentencias firmes, sino también a los actos administrativos liquidatorios firmes, por muchas otras Sentencias constitucionales, invocando el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3). Hemos notado también que el Tribunal Supremo se permite no tener en cuenta dichas Sentencias, que conoce y cita, y discrepa abiertamente de ellas, en nombre de un supuesto poder propio para decidir todas las cuestiones derivadas de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, aunque sin citar (puesto que no existe, simplemente) ninguna Ley que ampare esa supuesta exclusividad de tal competencia.

Con todos los respetos, esta resuelta posición del Tribunal Supremo no parece bien fundada, si nos atenemos al principio de taxatividad legal para definir los límites de la jurisdicción de los Tribunales que consagran los artículos 117.4 de la Constitución («Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y *las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho*») y 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y recordamos que tampoco los artículos 58, 60 y 74 de esta última Ley definen como exclusiva, ni aun con ningún otro carácter, esa competencia de que se trata.

Pero hay que decir, en cualquier caso, que *lo que sí declaran tanto la Constitución, artículo 161.1.a)* (vinculación de la jurisprudencia or-

dinaria por la doctrina que resulte de las Sentencias de inconstitucionalidad), como, de forma más específica aún, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la vinculación de los Tribunales ordinarios a la Constitución y a sus principios en la interpretación y aplicación de todas las Leyes y los reglamentos, y ello **«conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»**. La interpretación del artículo 161.1.a) de la Constitución y del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que pretenda hacer el Tribunal Supremo *está formalmente vinculada a la interpretación que de esos preceptos ha hecho el Tribunal Constitucional*, y mucho más cuando esa interpretación se refiere al mismo específico caso de los efectos de una determinada Sentencia del propio Tribunal Constitucional. La discrepancia entre las interpretaciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional deben resolverse necesariamente, según el sistema, en favor de la de este último.

Por ello, no resulta jurídicamente admisible el criterio interpretativo con que el Tribunal Supremo ha abordado esta serie de Sentencias, en las que expresamente declara su discrepancia con los criterios del Tribunal Constitucional.

c) Y, en fin, conviene detenerse un momento sobre la vía argumental con que el Tribunal Supremo afirma discutir los criterios del Tribunal Constitucional a propósito de los efectos de la cosa juzgada, intocables ante las Sentencias del Tribunal Constitucional, como declaran de manera expresa el artículo 161.1.a) de la Constitución y el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Como vimos, la doctrina del Tribunal Supremo es que no afecta a la intangibilidad de la fuerza de cosa juzgada el hecho de que se reconozca a quien la Sentencia firme declaró la obligación de pagar el tributo de que se trata el reconocimiento de que dispone, no obstante, de una acción de responsabilidad contra el Estado como autor de la Ley que la Sentencia firme aplicó, acción de la que resultaría la obligación del Estado de devolver el importe íntegro de lo pagado por el citado tributo, actualizado y con intereses. Parece bastante evidente que esa afirmación no es compatible con el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada que proclaman, a la par, la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como un límite infranqueable a los efectos producidos por una Sentencia que declara la inconstitucionalidad de una Ley. *Así lo declaró, por lo demás, en el propio supuesto de que se trata, la Sentencia constitucional de amparo 157/1997*, como sabemos.

Aquí entra en juego el concepto de cosa juzgada en toda su am-

plitud, tanto la cosa juzgada formal (imposibilidad de reabrir el propio proceso fenecido) como la cosa juzgada material, que excluye la posibilidad de que en un nuevo proceso se ponga en cuestión lo fallado por el primero («la parte dispositiva de la Sentencia», según precisa con todo rigor E. GÓMEZ ORBANEJA) (30). Los dos aspectos están incluidos en la prohibición de revisar lo fallado por la cosa juzgada, y ello aunque se presente como un proceso distinto, no impugnatorio de lo fallado por la Sentencia firme, pero que viene a dejar a ésta, claramente, sin efecto alguno.

Es evidente que no puede entenderse que se respete la cosa juzgada de un primer proceso que decidió que la Administración tenía derecho a percibir una determinada deuda tributaria cuando se dicta una segunda Sentencia que dice exactamente lo contrario: que el contribuyente tiene derecho a que se le devuelva el importe íntegro de lo pagado, más actualización e intereses. No es válido el argumento utilizado por el Tribunal Supremo de que la acción de responsabilidad no ha surgido sino posteriormente, como consecuencia de la anulación por inconstitucional de la Ley con la que se había decidido el primer proceso; porque *es justamente eso lo que dicen los artículos 161 de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que la Sentencia constitucional anulatoria de la Ley no puede ser un título válido para dejar sin efecto las Sentencias firmes ya dictadas en el momento en que esa anulación se produce*. Esto resulta, a mi juicio, bastante claro y parece innecesario citar la jurisprudencia civil interpretativa del artículo 1252 del Código Civil (hoy sustituido por el artículo 222 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), que es categórica, por lo demás. Que las Sentencias condenatorias al pago por la Administración de la misma cantidad —más revalorización e intereses— dejan absolutamente sin efecto las Sentencias firmes anteriores a propósito del abono del importe del famoso arbitrio complementario no parece seriamente discutible, pues *el nuevo fallo ha dejado absolutamente sin efecto lo fallado en primer término: es su opuesto simétrico*, con toda evidencia. La primera Sentencia declaró *la obligación de pagar el arbitrio*. *Este efecto queda ahora sin efecto alguno* si resulta que el importe de ese pago puede ser reclamado en su integridad de la Administración recaudadora en un nuevo proceso, como resulta obvio; *el fallo primero queda, pues, sin ejecución posible*. Si se pretendiese que la segunda Sentencia no afecta a la primera, que es la tesis explícita de esta jurisprudencia, sus

(30) E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, 7.^a ed., Madrid, 1975, págs. 390 y ss.: «Llamamos cosa juzgada material a la vinculación que produce en otro proceso la parte dispositiva de la Sentencia, o sea la declaración de la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido» (cursiva mía).

respectivos fallos darían un resultado global cero (pues los intereses de la deuda y su revalorización no podrían tener lugar), en tanto que de hecho el fallo de la primera Sentencia queda perjudicado en su propio y directo tenor.

Así lo afirma también, desde la óptica constitucional (Constitución y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), A. GÓMEZ MAROTO en su comentario al artículo 40.1 de dicha Ley, que ya hemos citado más atrás:

«A pesar de la pretendida separación entre no retroactividad de la Sentencia y apreciación de una conducta de los poderes públicos que da derecho a una indemnización, no cabe duda de que ambos extremos están estrechamente vinculados. El daño nace de la Ley inconstitucional, pero *se hace irreparable precisamente por la imposibilidad de revisar las situaciones producidas como consecuencia de su aplicación*. Ocurre, por ello, que si esta jurisprudencia se confirmase el Tribunal Supremo vendría a conceder —si bien por un título diferente— lo mismo que ha excluido el Legislador al no permitir la revisión de las situaciones terminadas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (lo que excluye el Tribunal Constitucional)... *cabe cuestionarse la legitimidad de que el Tribunal Supremo conceda en estos casos indemnizaciones en cuantía idéntica a la que hubiera debido devolverse de no haber excluido la retroactividad de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad*» (31).

VII

Toda la arriesgada posición en que (tan resueltamente, no obstante) se ha colocado el Tribunal Supremo se apoya en una convicción dogmática firme y absoluta: la de la nulidad de pleno derecho de todos los actos liquidatorios del gravamen creado por la Ley declarada inconstitucional. Dice prácticamente en todas las Sentencias que ha dictado sobre el tema algo que parece entender que es la evidencia misma: que al ser nula la Ley, «es evidente» que son también igual-

(31) En la obra ya citada *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2001, pág. 626. En ese momento el autor conoce y cita sólo tres Sentencias del Tribunal Supremo, que está en los comienzos de su espectacular actuación, que hoy cuenta con más de un centenar de decisiones. La cursiva del texto es mía.

mente nulos todos los actos dictados en aplicación de la misma, lo cual impone la eliminación de todos sus efectos. Se utiliza, pues, lo que vimos que JIMÉNEZ CAMPO llamaba certeramente «la retórica de la nulidad», aquí llevada al extremo.

Ahora bien, eso, sencillamente dicho, es todo menos evidente, por usar el propio término que utiliza el Tribunal Supremo. No es exacto, sin más, que, ateniéndose al régimen legal explícito que en nuestro ordenamiento trata de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (como son los actos liquidatorios de tributos), haya que considerar actos nulos de pleno derecho los que han aplicado una Ley inconstitucional antes de que se declarase tal. Los actos administrativos nulos son los enumerados en el artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común: ese supuesto no figura en la lista, simplemente, con lo que entra en aplicación lo que dispone, sin equívoco, el artículo 63.1 de la propia Ley:

«son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier [otra] infracción del ordenamiento jurídico».

Por lo demás, está perfectamente establecido que la anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de una disposición no determina la nulidad absoluta de sus actos de aplicación (que pueden ser miles, incluso millones), de tal modo que *las Leyes son perfectamente explícitas en que tras esa anulación de la disposición en que se han apoyado subsisten íntegros los simples actos administrativos firmes dictados en ejecución de la misma*, y no sólo los declarados válidos por Sentencia con fuerza de cosa juzgada. Sorprende que esas regulaciones explícitas, tanto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común como en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no se hayan traído a colación por Tribunales con el hábito de aplicar dichas Leyes, antes que acudir a supuestos y evanescentes principios generales del Derecho, que se resumen —en realidad, el único— en el de la nulidad plena, absoluta, imprescriptible de los actos administrativos que aplicaron la Ley inconstitucional.

Extendemos ahora nuestra crítica, que antes hemos hecho sobre la efectividad del límite de respeto a la cosa juzgada y que ahora dirigimos a todos los supuestos en que no se había producido Sentencia firme anterior absolutoria de la Administración y, simplemente, existía una simple firmeza administrativa de los actos liquidatorios de aplicación de la Ley tributaria inconstitucional derivada de la falta de impugnación de los mismos.

Resulta, en efecto, como ya hemos indicado, que tanto la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, artículo 102.4, como la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, artículo 73, declaran expresamente que cuando se anule en vía administrativa (revisión de oficio o en vía de recurso) o contencioso-administrativa una disposición administrativa (teniendo en cuenta que lo normal será que esa nulidad sea debida a la infracción de la Constitución o de las Leyes, por virtud del principio de jerarquía normativa: art. 62.2 de la misma Ley de Régimen Jurídico), la resolución que así lo acuerde o la Sentencia que lo declare

«no afectará por sí misma a la eficacia de las Sentencias o actos administrativos firmes que la hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales»,

salvo, de nuevo, la retroactividad *in bonus* en el caso de las sanciones

«no ejecutadas completamente».

Por su parte, el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa dispone:

«Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las Sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación haya alcanzado efectos generales, salvo el caso de retroactividad *in bonus* en materia sancionatoria».

No haber tenido en cuenta estas explícitas e inequívocas reglas resulta aún menos explicable si se observa que son muchas las Sentencias que estamos estudiando que citan de manera expresa el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico en su apartado 4 (32), que dice:

«Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda

(32) Por ejemplo, Sentencias de 23 de diciembre de 2000, 20 de enero de 2001 (ésta indica que «el artículo 102.4 de esta Ley... viene a sustituir la lógica e inherente consecuencia de la declaración de nulidad radical de un acto o de una disposición por una indemnización siempre que no exista el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio causado por ese acto o disposición nulos de pleno derecho»), 15 de febrero de 2001 (que repite literalmente el mismo párrafo transcrito sobre el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico), 26 de enero de 2001, 8 de febrero de 2001, etc.

reconocer a los interesados, *si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley*, sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma».

De este precepto la Sala 3.^a pretende deducir, concretamente, que al anularse una Ley por el Tribunal Constitucional sería de aplicación la misma regla de la indemnización. Pero se comprende que el Tribunal Supremo incurre en una petición de principio manifiesta: el precepto en que intenta ampararse se refiere a la anulación de oficio de *disposiciones administrativas*, no a la anulación de leyes por el Tribunal Constitucional, supuestos que en modo alguno pueden equipararse por la diferencia esencial que se da entre una Ley, «expresión de la voluntad general» (Preámbulo de la Constitución), y una disposición puramente administrativa, obra de la voluntad de una simple organización subordinada y secundaria, «con sumisión plena a la Ley y al Derecho» (art. 103.1 de la Constitución). En segundo lugar, porque aquí no se trata de ninguna revisión de oficio, sino de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley. Por ello solo, resulta resueltamente inadmisibile el aserto que hemos visto repetirse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que estamos analizando: que el régimen legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración sea sin más «aplicable a la responsabilidad del Estado Legislador» (Sentencia de 11 de enero de 2001), que en realidad es un aserto subyacente a toda la serie jurisprudencial que estamos estudiando. Tercero, y sobre todo, porque el artículo 102.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas se refiere no sólo a la validez de un Reglamento secundario, sino también a un supuesto *en el que previamente se ha determinado la pertinencia de su condición de causa propia y determinante de una responsabilidad patrimonial de la Administración*, en tanto que aquí estamos debatiendo precisamente si la simple anulación de la Ley puede considerarse causa legal de imputación de una responsabilidad patrimonial. Lo que en el primer caso es una calificación previa (como resulta inequívoco en la redacción del artículo 102.4 de la Ley de Régimen Jurídico), en el caso de la inconstitucionalidad de una Ley *se pretende justo lo contrario*, que esa responsabilidad patrimonial se produce automáticamente *como consecuencia de la anulación de la Ley*. Se intenta así deducir de esa declaración legal hecha para una hipótesis concreta, la de preceptos reglamentarios secundarios que hayan (futurible, pues) incurrido por sí mismos en el supuesto legal de una lesión determinante de responsabilidad ad-

ministrativa (hipótesis previa, pues), una declaración que implicará que la mera anulación de una Ley por inconstitucionalidad *supone siempre por sí misma un supuesto de causa determinante de dicha responsabilidad*. Es fácil comprender el salto dialéctico insalvable que se produce entre el antecedente de que se parte y la consecuencia que pretende obtenerse.

Puede así decirse que en el Derecho Administrativo es una regla general pacífica (33) que la anulación de una norma en cuya aplicación se hayan dictado actos administrativos firmes no determina la nulidad de dichos actos, regla que virtualmente viene a reproducir la jurisprudencia constitucional, que así lo ha declarado en la casi generalidad de los casos en que ha declarado la inconstitucionalidad de una Ley tributaria, como vimos más atrás.

Por otra parte, como ocurre en absolutamente todos los supuestos en que ha de determinarse el alcance de la ineficacia de cualquier acto o contrato, hay que decir que la misma no se extiende en modo alguno a enervar o revocar las titularidades legítimas que han podido ganarse por cualquier sujeto de Derecho, por usucapión o prescripción. Esto es elemental en el Derecho Privado, incluso, por supuesto, en los casos de nulidad de pleno derecho (34), y no se entiende que aquí habría de ser distinto. En el caso concreto, la Sentencia de inconstitucionalidad de la Ley Tributaria se produce seis años después del cobro del tributo por la Administración, tiempo en el cual ésta ha usucapido el derecho a retener su importe por transcurso del plazo legal de devolución de ingresos indebidos, que es de cuatro años (art. 24 de la Ley de 23 de febrero de 1998, de Derechos y Garantías de los contribuyentes; art. 3 del Real De-

(33) Un sector de la doctrina admite la posibilidad de que pueda ponerse en marcha el procedimiento de revisión de oficio de los actos aplicativos del Reglamento anulado si la desaparición de éste supusiese una nulidad de pleno derecho para dichos actos (vid. R. GÓMEZ FERRER, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, en «REDA», núm. 14, 1977; M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, págs. 332 y ss.), lo que podría quizás justificarse en la expresión actual del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción, que dice, como vimos, que la anulación judicial del Reglamento «no afectará, por sí misma, a la eficacia de los actos administrativos que lo hayan aplicado»; sería preciso un procedimiento posterior de revisión de oficio.

(34) Sobre la incidencia de la usucapión y la prescripción sobre las acciones de nulidad, cfr., por todos, L. CARLOTTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp. ALBALADEJO, Madrid, 1956, pág. 282: «El negocio nulo no puede sanarse ni siquiera por prescripción de la acción de nulidad, siendo ésta imprescriptible (art. 1422 Cc)... lo que no obsta, sin embargo, para que se puedan presentar circunstancias tales por las que sea útil o necesario invocar la nulidad del negocio. *Esto sucede para los negocios traslativos o constitutivos de derechos reales*, susceptibles de posesión (art. 1140 Cc): en efecto, *si el adquirente de tal derecho, sobre la base de negocio nulo, tiene la posesión continua del mismo por veinte años, se convierte en su titular por usucapión (arts. 1140 y ss. Cc). La imprescriptibilidad de la acción de nulidad del negocio no excluye o elimina un tal modo de adquisición originaria del derecho (art. 1422 Cc)*». No hay que decir que el Código Civil que cita es el italiano.

creto de 21 de septiembre de 1990, modificado por el Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero, y art. 15 de la Ley General Presupuestaria de 2003).

Las afirmaciones de retroactividad radical y absoluta de un acto jurídico suelen olvidar esa posibilidad de que se produzca una consolidación de la titularidad inicialmente inválida en una titularidad ganada por prescripción o por cualquier otro título independiente y válido (35). Todos los plazos de usucapión y de prescripción se limitan a aumentar su duración, nunca a excluir a aquéllas, cuando el beneficiario carece de título y de buena fe. Sin esta posibilidad, que obligaría a conservar y consultar títulos formales multiseculares y a procesos históricos inacabables, la vida social no sería posible, simplemente. Lo sustancial de las titularidades jurídicas sobre las cosas operantes en las sociedades de cualquier clase son titularidades basadas esencialmente sobre la posesión, no sobre títulos formales, cuya validez originaria habría que debatir sin descanso. No existen supernulidades teóricas —o retóricas— capaces de afectar a esa exigencia elemental de la seguridad jurídica. No se comprende por qué tendría que ocurrir otra cosa cuando el (largo) poseedor es la Administración. La doctrina, utilizada por la jurisprudencia que estamos censurando, que pretende apoyarse en el principio de la *actio nata*, como si ésta no resultase afectada por la virtualidad de títulos contrarios, y que intenta así neutralizar y purgar cualquier efecto de una larga posesión del dinero discutido, posesión legitimadora por la vía de la usucapión (tal como está regulada a propósito de las deudas y pagos tributarios) de la situación existente, resulta objetivamente insostenible. Se diría que en el ánimo de los juzgadores opera la creencia de que una Ley inconstitucional incurre en una suerte de supernulidad, frente a la cual ninguna de las situaciones creadas a su amparo puede pretender perdurar, sea cual sea su duración o su consistencia. Pero en el Derecho no existe tal clase de nulidades extremas, capaces de neutralizar, excluir o purgar todas las titularidades ganadas por prescripción o usucapión.

VIII

En la ocasión, el «quebranto para la Hacienda Pública», para usar el concepto tradicional, no ha sido excesivamente grave (aun-

(35) En varias de las Sentencias de la serie estudiada se afirma expresamente que el transcurso (más que cumplido) del plazo legal para la devolución por la Hacienda de ingresos indebidos no impide el fallo condenatorio en que concluyen: Sentencia de 8 de marzo de 2001, por ejemplo.

que tampoco menor: tres millones de euros, quinientos millones de pesetas) (36), puesto que el recurso tributario anulado era la cuota suplementaria respecto al tipo anterior en un solo semestre. Pero imagínese lo que podría haber supuesto la aplicación de esa doctrina si se tratase de uno de los grandes tributos del sistema, el del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el del IVA. Sencillamente dicho: tratándose de pagos realizados a lo largo de diez o de quince años, la Hacienda habría caído en quiebra técnica, simplemente.

Pero más aún: el Tribunal Supremo, probablemente, no ha parado mientes en que la anulación de una Ley por inconstitucionalidad puede referirse con normalidad, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por jueces y Tribunales, a Leyes muy antiguas. Encontramos Sentencias constitucionales que han enjuiciado la compatibilidad con la Constitución de la Ley de Partidas (siglo XIII) y de las Leyes de Toro (1504): Sentencia 126/1997, de 3 de julio. Otras han puesto en cuestión preceptos del Código Civil, y otros muchos casos parecidos. Como simple hipótesis lógica, supongamos que el Tribunal Constitucional hubiese declarado que todo el sistema legal de la sucesión intestada fuese incompatible con la Constitución. Según la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo que estudiamos, ni una sola de las herencias producidas, distribuidas y liquidadas en los ciento quince años que el Código Civil lleva vigente (o, al menos, en los veintiséis años transcurridos desde que entró en vigor la Constitución de 1978) quedaría firme: todas y cada una, incluso las consentidas en convenios de partición o acordadas o confirmadas por virtud de Sentencias firmes, todas, absolutamente todas, en virtud de la curiosa aplicación que se hace del principio de la *actio nata*, serían revisables y todas esas situaciones que se tenían por consolidadas generarían, en virtud de la doctrina de la singularidad de la acción de responsabilidad civil contra el Estado autor de la Ley anulada, una pretensión indemnizatoria contra las arcas de este último, pretensión que seguramente excedería de todos los activos y riquezas disponibles; el Estado habría caído en quiebra. El principio *fiat justitia, pereat mundi* resultaría de aplicación literal, lo que parece, cuando menos, excesivo. La regla de la razonabilidad es también un principio general del Derecho, y no de los menores.

Es una argumentación *ad absurdum*, pero estimo que no arbitraría. En el Derecho, más aún que en la conciencia individual, resulta de

(36) Nos consta este importe por la Ley, la 9/2002, de 24 de abril, que aprobó un crédito extraordinario de tres millones de euros (crédito que además, por su naturaleza, es ampliable), que no es una cifra menor, para hacer frente a estas específicas condenas judiciales.

estricta aplicación el famoso imperativo categórico de KANT: actúa como si tu acción hubiese de convertirse en norma universal. Ninguna norma de Derecho puede impedir el funcionamiento y aun la pervivencia del Estado; el elemental argumento *ad absurdum* lo excluiría.

No parecen, pues, razonables las posiciones del Tribunal Supremo en cuanto a la exigencia al Estado de responsabilidades patrimoniales eternas o imprescriptibles por las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley.

IX

Pero resta aún un extremo no secundario, que es el de la imputación precisamente al Estado Legislador de los costes de esas gigantescas revisiones totales y absolutas de cualquier aplicación que se haya hecho de la Ley declarada inconstitucional, de todas las consecuencias directas o indirectas que hayan resultado a lo largo de todo el tiempo de pacífica vigencia y aplicación de la Ley anulada.

El criterio de imputación tenido en cuenta es, pues, el de la autoría de la Ley censurada, pero todos los que se hubiesen beneficiado de la aplicación de la misma (que en el caso de las Leyes civiles serán normalmente personas privadas) quedarán pacíficamente en posesión y en propiedad de las ganancias adquiridas a costa de los perjudicados por la Ley anulada, esto es, claramente, con un título jurídico inválido.

El caso no es puramente hipotético: *es el propio caso sobre el que recayó la jurisprudencia estudiada*. Pues, en efecto, aunque la Ley fiscal de que se trataba fue obra del Estado, los rendimientos íntegros del recargo tributario transitorio que se anuló no aprovecharon en nada a las arcas del Estado, sino precisamente a una entidad diferente, a la Hacienda de las Comunidades Autónomas, en cuanto que se trataba de un tributo cedido en la totalidad de sus rendimientos. Un tratamiento retroactivo de los efectos de la Sentencia constitucional, que es a lo que claramente se apunta con la hipertrofia del argumento de la nulidad general e ilimitada, parece que debiera haber llevado a que la entidad que se lucró con el tributo anulado, al haberse acreditado su falta de respaldo legal, tuviese que devolver lo que había percibido en virtud del título radicalmente nulo. Pero he aquí que no ha sido ésta la solución que ha impuesto el Tribunal Supremo. Ha dado, incongruentemente, por firmes los cobros con que —sin título, como luego quedó demostrado— se lucraron las Comunidades Autónomas, pero se impone la devolución del importe exacto de esos cobros al Estado, por el solo título de ser el autor de la Ley.

Con todos los respetos, la fórmula no resulta correcta. Una de las posibles causas de imputación de una responsabilidad patrimonial de la Administración es el enriquecimiento sin causa (37). Resulta anómalo que quien se ha beneficiado patrimonialmente por una causa ilícita sea confirmado en ese enriquecimiento sin título legítimo y, sin embargo, se grave con la carga de indemnizar a los empobrecidos a quien aprobó una Ley que hizo posible ese desplazamiento patrimonial. Desde el punto de vista del movimiento patrimonial último, lejos de corregir el desplazamiento patrimonial indebido, se legaliza éste, no es fácil explicarse en virtud de qué título, y se impone una detracción a un tercer sujeto que no se ha lucrado con un solo céntimo. En términos elementales de contabilidad, la cuenta no parece resultar correcta.

Volvamos por un momento a la hipótesis teórica de una declaración de inconstitucionalidad del sistema de herencia intestada en el Código Civil. Si hubiesen de quedar sin efecto todas las distribuciones hereditarias efectuadas por el sistema anulado durante un largo período de tiempo, lo lógico sería (si no se reconociese, como ha hecho aquí el Tribunal Supremo, límite temporal alguno al alcance de la nulidad total y absoluta del título legal en virtud del cual se hicieron las particiones) efectuar una nueva redistribución de esas herencias conforme al criterio normativo que resultase de la Sentencia declaratoria de la teórica inconstitucionalidad de la parte correspondiente del Código. Debería ser una redistribución enteramente nueva, conforme al nuevo canon. Lo que carece de todo sentido es que se mantengan íntegras esas particiones, incluso las realizadas el día antes de la declaración de inconstitucionalidad, e intentar compensar a los herederos perdedores con una responsabilidad a cargo del Estado.

El Estado vendría a ser así garante universal de que cualquier desplazamiento patrimonial efectuado conforme a una Ley luego declarada inconstitucional sería corregido por sus propias arcas, en tanto que los beneficiarios iniciales de tales desplazamientos patri-

(37) Vieja tesis del autor, por cierto, con alguna disconformidad por parte de los civilistas, resistentes a incluir la institución del enriquecimiento sin causa dentro del marco convencional de la responsabilidad aquiliana. Mi posición se inició comentando la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que fue la primera que reconoció a la Administración como sujeto con capacidad de generar responsabilidades de esa naturaleza. Vid. mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (reimpresión fotostática en 1988), pág. 217. Vid. también ahora en el *Curso de Derecho Administrativo* que publicamos con la colaboración de Tomas-R. FERNÁNDEZ, tomo II, 9.^a ed., 2004, págs. 398-399. Pero no se trata de incluir toda la institución del enriquecimiento sin causa en la teoría de la responsabilidad civil, sino de admitir que en algunos casos, como ocurre aquí, una y otra pueden interferirse. Cfr. M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, 1994, págs. 22 y 80 y ss.

moniales indebidos quedarían perfectamente tranquilos en su posesión. Ninguna teoría jurídica o política puede justificar tamaña garantía, universal e imprescriptible; ningún Estado actual o histórico ha formulado tamaña y exorbitante garantía.

El sistema ideado por el Tribunal Supremo para liquidar los efectos de una Sentencia de inconstitucionalidad de una Ley carece de coherencia y aun de simple lógica económica. Esta nueva causa de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado carece de cualquier consistencia económica, no obstante la pesada —y en ocasiones simplemente insoportable— carga que se echa sobre las finanzas públicas, carga que no parecen haber considerado nunca los teóricos de la Hacienda pública y de la Economía del sector público.

Veremos que desde la doctrina y la práctica general de los efectos de las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad en todos los sistemas comparados se llega forzosamente a la misma conclusión. Cuando estos sistemas, por el dogma del carácter originario del vicio de inconstitucionalidad de las Leyes, admiten la retroactividad de las Sentencias que declaran esta inconstitucionalidad, esta retroacción limita sus efectos *a quienes han sido parte en las relaciones jurídicas afectadas*, pero en ningún sitio se ha pretendido incluir como parte para esa liquidación retroactiva al Estado como autor de la Ley, que le haría taumatúrgicamente el pagador universal de quienes resultaron inicialmente perjudicados —en tanto que quienes resultaron beneficiados consolidarían definitivamente su beneficio— de forma, en verdad, taumatúrgica.

X

Queda, no obstante, un supuesto único, a nuestro juicio, en el que la inconstitucionalidad de una Ley puede tener efectos económicos para alguno de los afectados por ella. Es el caso de los procesos pendientes en el momento en que se produce la Sentencia de inconstitucionalidad. Aquí no rige ya la prohibición de reabrir los procesos fenecidos por Sentencia firme, puesto que ésta no se ha producido aún. A mi juicio, aunque el proceso esté en su última fase de casación, el Tribunal deberá, incluso de oficio, inaplicar la Ley que se ha declarado inconstitucional y que posiblemente se haya aplicado en las fases procesales anteriores —y, por supuesto, los procesos en cuyo seno se haya planteado la cuestión de inconstitucionalidad.

En todos los demás casos de procesos fenecidos por Sentencia

firme, aunque ésta date del día antes de la publicación de la Sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, no resulta posible, por explícito mandato de la Constitución, ninguna fórmula que permita deshacer lo que esa Sentencia firme haya resuelto —con la excepción de la retroactividad *in bonus* de las Sentencias penales y sancionatorias.

XI

Haré una última, y ya necesariamente breve, consideración sobre el Derecho Comparado, también invocado como autoridad, según vimos, en la jurisprudencia que estudiamos, que afirma que existe una «notable tendencia en el Derecho Comparado» a resolver los problemas de la inconstitucionalidad de una Ley con la técnica de las acciones de responsabilidad patrimonial contra el Estado en cuanto autor de dicha Ley.

Tengo que decir que tal tendencia no parece existir, simplemente. Entre los regímenes de control de constitucionalidad de las Leyes existen dos sistemas distintos, según que los efectos de las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de una Ley deban ser *ex nunc* o *ex tunc*, esto es, sin efectos retroactivos o con efectos retroactivos. El sistema austríaco-kelseniano, que rige en Austria, va por la primera opción; los otros, cuyo modelo inicial fue el temprano sistema americano de la *judicial review of Legislation*, hoy con más de dos siglos de tradición, son el modelo de la segunda, partiendo del principio de que la contradicción con la Constitución y la Ley es un vicio originario de ésta que determina su invalidez (38).

Ahora bien, en estos últimos sistemas, entre los que sin duda hay que situar al nuestro, lo máximo que puede pretenderse es la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad, retroactividad que plantea bastantes problemas, como hemos podido ver ya en las páginas anteriores, pero en ninguno, puede afirmarse con rotundidad, han intentado resolverse tales problemas con el expeditivo sistema de una imputación general y global al Estado, como autor de la Ley que se ha revelado inconstitucional, de una responsabilidad patrimonial capaz de enjugar todas las consecuencias derivadas de la retroactividad teórica de la sentencia que declaró esa inconstitucionalidad. Puede decirse con rotundidad que ese modo de liquidar las

(38) Vid. mi libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., 1983; 4.^a reimpresión, Madrid, 2001, págs. 121 y ss.

consecuencias de una inconstitucionalidad de una Ley es una completa novedad surgida en España con ocasión de la jurisprudencia que estudiamos.

La técnica de la retroactividad de la invalidez de una Ley deja sin efecto los actos o negocios jurídicos que se produjeron mientras que dicha Ley fue considerada válida. Este dejar sin efectos esos actos o negocios pasados afecta exclusivamente, como es natural, a quienes fueron partes en los mismos, sin que tenga sentido intentar hacer recaer sus consecuencias negativas, cuando se produzcan, sobre las arcas del Estado a través de la institución de la responsabilidad civil del Legislador. Ninguno de los Estados que siguen ese principio de la invalidez originaria de la Ley inconstitucional ha llegado a otra conclusión, aplicando, en su caso, la consecuencia más elemental de esa invalidez, la retroactividad de la declaración de esta invalidez.

Especificaremos, ya para concluir, los regímenes comparados más característicos.

a) Si nos atenemos al sistema aplicable en los *Estados Unidos de América*, que es el que cuenta con la más extensa y prolongada experiencia en materia de control de la constitucionalidad de las Leyes, que excede ya de dos siglos, podemos distinguir dos períodos distintos: uno, el que se aplica desde el origen de la *judicial review*; otro, el consolidado en el último tercio del siglo xx.

La Sentencia *Marbury v. Madison*, de 1803, de la que fue ponente el Juez Marshall, es la primera, como se sabe, que aplica la tesis de que la validez de una Ley depende de su conformidad con la Constitución, inaugurando en todo el mundo la técnica del control judicial de la constitucionalidad de las Leyes, técnica que correspondería a cualquier juez (el sistema de jurisdicción concentrada en un Tribunal Constitucional único no aparece hasta el constitucionalismo europeo de la primera postguerra mundial y es, esencialmente, tributaria de las ideas de KELSEN). Pues bien, en esa Sentencia *Marbury*, que es el origen de toda la técnica de control de constitucionalidad de las Leyes, aparece ya una afirmación capital:

«that an act of the legislature repugnant to the Constitution is void»,

esto es, que un acto legislativo que contradice la Constitución es nulo. Esto quiere decir que se trata de un vicio originario, que afectaría a la Ley desde su entrada en vigor y que por ello afecta desde ese momento mismo a su validez. De aquí derivaría el principio lla-

mado de *the void ab initio theory*, la nulidad de origen (39), lo cual implica, como se comprende, que los efectos de la constatación de inconstitucionalidad de la Ley se aplicarían retroactivamente, dado que, en los términos de una Sentencia del Tribunal Supremo de 1883, *in legal contemplation... it has never been passed* (40), en perspectiva legal es como si nunca hubiese ocurrido.

De todo ello se deriva que la Sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene necesariamente efectos retroactivos, aunque debe recordarse que los juicios de inconstitucionalidad en América no son nunca abstractos, como es lo normal en el sistema de control de constitucionalidad en Europa, al que luego nos referiremos, sino que se producen por cualquier juez con ocasión de un proceso ordinario, de cualquier naturaleza, y *no producen efecto inmediato más que en ese proceso singular* (aunque lo normal será que desencadene una serie de procesos sucesivos interesados en aplicar la tesis de la inconstitucionalidad que en aquel primer proceso se ha producido).

Esa retroactividad quería decir que las relaciones constituidas por aplicación de la Ley inconstitucional quedaban anuladas, si no se hubiesen convalidado por cualquier otro título legal sin tacha de inconstitucionalidad. Consecuentemente, los efectos de la inconstitucionalidad los sufrían directamente las partes de las distintas relaciones trabadas bajo la Ley inconstitucional. *La autoridad legislativa que había producido la Ley que luego se declaraba inconstitucional no entraba absolutamente para nada en ese problema*, y menos aún por la vía de una declaración de responsabilidad patrimonial, que debe recordarse que en Estados Unidos no se conoce, referida a la Administración, hasta la *Federal Tort Claims Act* de 1946, que la regula únicamente para la Administración, sin contemplar, ni de lejos, la posibilidad de una responsabilidad exigible al Estado Legislador, completamente inimaginable en el mundo anglosajón (41).

(39) Oliver F. FIELD, *The effect of an unconstitutional statute*, New York, 1971 (original de 1935), págs. 3 y ss. En los términos de otro autor, T. COOLEY, de 1885 (cit. por FIELD, pág. 2): «una decisión (legislativa) que se opone a la Constitución no es Derecho en modo alguno» (*no law at all*).

(40) Cit. por L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2.^a ed., Mineola, New York, 1988, pág. 27.

(41) Cfr. Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3.^a ed., Boston-Toronto-London, 1991, pág. 668. Sobre la imposibilidad de declarar en Estados Unidos responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes, al modo francés, Sentencia *La Fleurette*, 1938, vid. las consideraciones del propio SCHWARTZ en su libro *French Administrative Law and the Common Law World*, New York, 1954, págs. 298 y ss. Dice, contestando a la pregunta hipotética de si en el mundo anglosajón cabría declarar una responsabilidad «*to compensation if the statute does not provide for it? To the Anglo-American, the answer must undoubtedly be NO*». Traducción: «¿Cabe acordar una indemnización por una Ley que no ha previsto nada sobre ello? Para un angloamericano la respuesta debe ser, indudablemente, NO».

b) Pero hay que notar que una jurisprudencia que data ya de finales del siglo xx ha corregido sustancialmente la doctrina de la retroactividad absoluta de los efectos de las Sentencias de inconstitucionalidad (ya afectada paulatinamente por sucesivas puntualizaciones desde la perspectiva de la buena fe, la razonabilidad de los plazos y la seguridad jurídica), introduciendo, ya por vía general, la doctrina llamada «*prospectiva*», esto es, la que establece que los efectos de una declaración de inconstitucionalidad se producen *pro futuro*, no para el pasado, que se mantiene en principio íntegro. Como al tema he dedicado un trabajo específico, me bastará ahora con remitirme a él (42).

Pero, en todo caso, conviene tener muy en cuenta algo especialmente relevante a nuestro caso: que aun bajo el dogma de la absoluta retroactividad de las Sentencias de inconstitucionalidad de una Ley, de ese principio se excluyeron, precisamente, las *Sentencias que anulaban Leyes tributarias*. Nada menos que en 1835, la Corte Suprema estableció (Sentencia *Elliot*) el criterio de que no debe devolverse el importe de los impuestos que se cobraron por una Ley luego declarada inconstitucional, por dos razones: porque esto causaría un *disrupt* (una muy grave alteración) en las finanzas del Gobierno y porque el contribuyente ha recibido ventajas de su pago bajo la forma de obras y servicios públicos realizados con esas finanzas (43).

c) Esas reglas, ¿se aplican en los sistemas europeos de justicia constitucional instaurados tras la segunda guerra mundial?

No, rotundamente. En el *caso de Italia*, el artículo 136 de la Constitución dispone expresamente lo siguiente:

«Cuando la Corte [*costituzionale*] declare la ilegitimidad constitucional de una norma de Ley o de un acto con fuerza de Ley, la norma cesa de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión».

Esto es, la Constitución italiana ha establecido en su propio texto la regla «prospectiva» para determinar los efectos de las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las Leyes; en otros términos, ha acogido la fórmula kelseniana pura.

(42) Vid. mi artículo en «REDA», núm. 61, ya citado, *Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales*. La decisión fundamental de la Corte Suprema ha sido *Linkletter*, 1973.

(43) Vid. el ya citado libro de Oliver F. FIELD, *The effect of an unconstitutional statute*, pág. 241, ampliamente. El *leading case* fue *Elliot*, de 1830 (FIELD, pág. 251).

En el gran Comentario a la Constitución dirigido por BRANCA, el tomo referente a los artículos 134-139 está primariamente redactado por Alessandro PIZZORUSSO, que, en todo caso, es quien comenta ese artículo 136 (44). Según su explicación, el artículo 136 da sólo eficacia *ex nunc* a los fallos de inconstitucionalidad, como resulta claramente del texto constitucional. Sólo matiza algún caso particular, que ha especificado la Ley de 11 de marzo de 1953 y que carece de interés para nosotros en este momento (45).

Pero PIZZORUSSO se plantea la específica cuestión de «el problema de la responsabilidad que derive de la aplicación de la norma inconstitucional» (46), aunque afirmando de él que es un «problema raramente afrontado». Observa que las normas vigentes en la justicia administrativa no admitirían plantear esa posible responsabilidad, que habría que singularizarse en la culpa de algún agente público concreto. «En línea de máxima —dice— nada debería impedir esquivar esos obstáculos procesales... [pero] la aplicación de este principio *llevaría a consecuencias excesivas*», que le parecen indeseables. Así lo confirma el mismo autor en un trabajo posterior, donde desecha esta posible causa de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador (47).

Conclusión: no hay, pues, ningún caso de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en Italia por haber dictado Leyes inconstitucionales, rotundamente.

En *Alemania*, los preceptos de la Ley del Tribunal Federal Constitucional sobre esta materia, de 1953, fundamentalmente el artículo 79, han sido de los más reformados desde su origen. Esta circunstancia me fuerza a omitir su torturada historia. Pero sobre el tema que nos interesa, la responsabilidad patrimonial del Estado (de los Estados, incluidos los *Ländern*), se puede ser rotundo: no existe en Alemania una responsabilidad patrimonial del Estado por haber dicta-

(44) Comentario BRANCA, volumen referido a *Garanzie costituzionale (arts. 134-139)*, Bologna, 1981, págs. 175 y ss. para el comentario al artículo 136; en págs. 183 y ss., PIZZORUSSO estudia «*L'efficacia nel tempo*».

(45) *Op. cit.*, págs. 183 a 187. Esas particularidades se refieren a la posibilidad de que la Ley declarada inconstitucional pueda tener aún aplicación tras la Sentencia de nulidad (planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad, por otro motivo, en el proceso en que se planteó la inicial que dio lugar a la Sentencia de inconstitucionalidad, algunos supuestos de *rapporti esauriti*, relaciones consumadas, en las que puede aplicarse aún la norma declarada inconstitucional, y, en fin, el caso de las relaciones procesales o de los juicios penales, págs. 184-186).

(46) *Op. cit.*, págs. 185 y ss.

(47) Me refiero a su colaboración a los *Mélanges Franck MODERNE*, París, 2004, que ya he citado más atrás y que lleva por título «La responsabilité de l'État du fait des actes législatifs en Italie». En este trabajo plantea la misma cuestión a que se refirió en 1981 para constatar que no ha habido novedad alguna (casos jurisprudenciales, en su nota 12 y en pág. 915).

do una Ley que posteriormente se haya declarado inconstitucional. Es cierto que la doctrina alemana ha debatido largamente sobre la posibilidad de un *legislative Unrecht*, esto es, a un ilícito o injusto legislativo como base de una posible responsabilidad patrimonial. Tal supuesto sólo podría referirse a Leyes declaradas inconstitucionales precisamente por violación de derechos fundamentales constitucionalizados que, como tales, además de proteger la esfera privada frente al poder como contenido esencial, gozan de un rango superior a las Leyes. Pero la doctrina común de la responsabilidad, que se extrae del artículo 839 del BGB o Código Civil, que sustancialmente repite el artículo 34 de la *Grundgesetz* (48), referente a la responsabilidad por actuación de los funcionarios (49), impone un requisito específico, el de la violación de un deber de oficio (*Amtshaftung*) del funcionario hacia el dañado. Ahora bien, no hay manera técnica de individualizar ese supuesto «deber de oficio», en el sentido positivo del concepto y no como mero límite negativo, en las cámaras legislativas hacia los ciudadanos perjudicados (a lo sumo, se ha dicho, sería sólo hacia la colectividad, y en ningún caso una voluntad de dañar), y la constatación de la ausencia de ese requisito legal y constitucional, que se considera esencial, ha llevado a la exclusión de responsabilidad patrimonial por causa de Leyes inconstitucionales aun por violación de derechos fundamentales (50). No es cosa de resumir aquí la reflexión dogmática sobre el particular, pero la conclusión es absolutamente firme; incluso el Tribunal Supremo Federal ha llegado a hablar de que otra conclusión *produciría* «consecuencias devastadoras para las finanzas públicas». A lo más que se ha llegado fue en la Ley de Responsabilidad del Estado de 26 de ju-

(48) «Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuere confiada violare los derechos que la función le impone [*obliegende Amtspflicht*] respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la Corporación a cuyo servicio esté. En caso de dolo o culpa grave se reserva una acción de regreso. Para la pretensión de daños y perjuicios, así como para la acción de regreso, no se excluye la vía judicial».

(49) En la traducción del BGB de C. MELÓN INFANTE, que figura como Apéndice del *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, Barcelona, 1955, el § 839 es del siguiente tenor: «Si un funcionario infringe el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado por esto. Si al funcionario sólo le es imputable culpa —y no dolo— sólo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma.—Si el funcionario infringe su deber profesional al dictar Sentencia en un pleito, sólo es responsable del daño causado por esto si la infracción del deber está sancionada con una pena pública a imponer por vía del proceso penal judicial. A una negativa contraria al deber o a una tardanza en el ejercicio de la función no se aplica esta disposición.—La obligación de indemnización no tiene lugar si el dañado ha omitido dolosa o culposamente el evitar el daño mediante el uso de un recurso». *Vid.* en el volumen del citado *Tratado* de ENNECERUS, tomo II, del *Derecho de Obligaciones*, trad. esp. PÉREZ y ALGUER, Barcelona, 1944, págs. 663 y ss., una exposición de este régimen, bajo el epígrafe «Violación de su deber por los funcionarios».

(50) Por todos, F. OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht*, 4.ª ed., München, 1991, págs. 85 y ss.

nio de 1981, que terminó anulando el Tribunal Constitucional Federal y que no ha vuelto a ser sustituida, que preveía una responsabilidad del Legislador sólo «si y en cuanto una Ley la determinase» y concretase —fórmula, por cierto, análoga a la prevista en el artículo 139.3 de nuestra Ley de Régimen Jurídico— (51).

Y eso es todo el panorama que ofrece el Derecho alemán, quizás el más avanzado en cuanto a fundamentos teóricos de la institución que estudiamos.

XII

Como conclusión, me permitiré proponer la reforma del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de forma que resulte perfectamente claro cuáles han de ser los efectos de las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una Ley, conforme resulta de los criterios de la exposición anterior, que se permiten discrepar de lo que ha sostenido el Tribunal Supremo.

(51) En un Proyecto Legislativo anterior, 1973, se admitía una responsabilidad del Legislador sólo si en los dieciocho meses siguientes a la declaración de inconstitucionalidad de una Ley no se dictaba otra para dar nueva regulación a los preceptos declarados inconstitucionales. Es la máxima aproximación. Cfr. las referencias de R. BIFFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Milano, 1999, págs. 171 y ss.