

La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)

Ricardo Alonso García
*Catedrático de Derecho Administrativo
y Comunitario de la Universidad Complutense*

1. El auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE.
2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales.
3. La doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario.
4. En particular, la doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes anticomunitarias.
5. *Excursus*: Sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales que sitúen al Estado en posición de infracción de sus obligaciones comunitarias.
6. El régimen de responsabilidad patrimonial más favorable para el administrado: ¿el propio comunitario o el nacional previsto frente a leyes inconstitucionales?
7. La analogía de supuestos como premisa para la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales a los daños y perjuicios derivados de leyes anticomunitarias: su descarte por el Tribunal Supremo y las deficiencias de la argumentación.
8. Pertinencia y oportunidad de la cuestión prejudicial planteada por el auto de 1 de febrero de 2008.
9. Posibles respuestas del TJCE.
10. El papel del juez ante la ley: ¿responsabilidad patrimonial del Estado-juez por no activar la prejudicialidad constitucional/comunitaria?

1. El auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE

Mediante auto de 1 de febrero de 2008, la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo decidía suspender el proceso entablado por una empresa (Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L. –en adelante, TUSGSAL–), contra un acuerdo del Consejo de Ministros (de enero de 2007) desestimatorio de su solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado-legislador como consecuencia del derecho a la deducción del IVA soportado, correspondiente a las subvenciones percibidas por TUSGSAL en los ejercicios 1999 y 2000. El motivo de la suspensión respondía al planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJCE en los siguientes términos:¹

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

El supuesto era, en pocas líneas, el siguiente: 1) liquidaciones tributarias de una empresa en materia de IVA; 2) tiempo después, prescritas las acciones para recuperar las sumas ingresadas, el TJCE dicta sentencia, en el marco de un recurso por incumplimiento contra España,² declarando incompatible con el Derecho comunitario (concretamente, con la Sexta Directiva en materia de IVA) la legislación española que sirvió de base para las referidas liquidaciones (la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, en su versión

modificada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre);³ 3) a la vista de dicha sentencia, la empresa reclama ante el Consejo de Ministros la responsabilidad patrimonial por un importe equivalente a las sumas indebidamente ingresadas en la Hacienda pública, más las sumas que le habrían debido ser devueltas si España no hubiera infringido la Sexta Directiva; 4) el Consejo de Ministros desestima la reclamación argumentando que no concurría uno de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber, la relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por la víctima, al haberse ésta aquietado a las liquidaciones practicadas; 5) la empresa reproduce su reclamación en vía contencioso-administrativa, solicitando en un otrosí el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJCE, a los efectos de que se pronuncie acerca de si el principio comunitario de equivalencia es compatible con la doctrina del Tribunal Supremo, en la que se apoya el Consejo de Ministros, que sienta una diferencia de trato para los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial por leyes en función de que su contradicción sea con la Constitución o con el Derecho comunitario, y 6) el Tribunal Supremo decide plantear cuestión prejudicial en los términos más arriba transcritos, incluyendo en sus dudas de compatibilidad las exigencias derivadas del principio comunitario de efectividad.⁴

2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales

La doctrina del Tribunal Supremo en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales, particularmente en relación con leyes inconstitucionales de naturaleza tributaria,⁵ podría sintetizarse de la siguiente manera:

TJCE, en los términos en que lo hizo el Tribunal Supremo, si el régimen nacional de responsabilidad respetaba el principio de efectividad? Con otras palabras, si estaba y está claro que, por un lado, el régimen comunitario exige, como veremos, nexo causal entre la infracción y el daño, el cual puede verse debilitado o incluso roto como consecuencia de un comportamiento negligente de la víctima, y, por otro lado, que no resulta contrario al Derecho comunitario, antes al contrario (“en interés de la seguridad jurídica” que protege tanto al contribuyente como a la Administración”: cfr. asuntos Rewe y Comet, STJCE de 16 de diciembre de 1976, 33/76 y 45/76), fijar plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir (y razonable es un plazo de dos meses para recurrir en anulación, como tiene asumido el TJCE en el plano de la responsabilidad patrimonial de la propia Comunidad, donde considera que un sujeto no puede prevalerse de la acción de responsabilidad para eludir el plazo previsto en el artículo 230 del TCE), ¿a qué venía plantear sin más, como hace el auto, si exigir la impugnación previa en vía administrativa y judicial para poder apreciar la responsabilidad del Estado resultaba contrario al principio de efectividad?

1. DO C 128, de 24 de mayo de 2008, p. 24.

2. Asunto Comisión v. España, STJCE de 6 de octubre de 2005 (C-204/03). Cfr. J. CALVO VÉRGEZ, “Base imponible del IVA en operaciones interiores: Análisis de las subvenciones como concepto integrante de la misma y de su tratamiento en la regla de la prorrata (en torno a la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2006)”, *Impuestos (La Ley)*, 2006, 1, p. 113 y ss.

3. Concretamente, declaró el incumplimiento de España al “prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones”.

4. Inclusión que, ya adelanto, carecía en mi opinión de sentido. En efecto, si la doctrina del Tribunal Supremo sometida a escrutinio del TJCE con el auto de 1 de febrero de 2008 consistía en rechazar la extensión del régimen patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias para, a continuación, aplicar a éstas el propio régimen comunitario, ¿a qué venía preguntar al

1) Según establece el artículo 139.3 de la LRJAP-PAC, “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 establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”; y el administrado, según el Tribunal Supremo, no tendría el deber jurídico de soportar los daños y perjuicios derivados de una ley declarada inconstitucional, por definición antijurídica.

2) Obstáculos a un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de la ley inconstitucional podrían encontrarse, no obstante, en las doctrinas del acto consentido (por el administrado, como consecuencia del transcurso del plazo para impugnar tales actos de aplicación en vía administrativa o contencioso-administrativa) y del acto confirmado (por los tribunales, entrando en juego la fuerza de cosa juzgada).⁶

3) Tales obstáculos, sin embargo, los supera el Tribunal Supremo al considerar que la acción de responsabilidad patrimonial por actividad inconstitucional del legislador es ajena a cualquier acción que tenga por objeto reaccionar directamente contra los actos de aplicación de la ley (inconstitucional y, por tanto, antijurídica). Concretamente y según recuerda el auto del Tribunal Supremo, no son equiparables las acciones de reembolso y en su caso de anulación de liquidaciones tributarias, y las acciones de responsabilidad patrimonial “tienen naturaleza distinta y distinto fundamento y, por tanto, distinto tratamiento jurídico”.

4) De ahí que, en relación con la doctrina del acto consentido por el administrado, el Tribunal Supremo considere que “el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la ley declarada inconstitucional no puede deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos o por el ejercicio de acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto tributario de liquidación; en efecto, la reclamación [de responsabilidad] es ajena a dichos actos en la medida en que no pretende la

nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la Administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la actividad legislativa”.

5) Y en cuanto a la doctrina del acto confirmado por los tribunales, el Tribunal Supremo considera asimismo⁷ que “la acción de responsabilidad es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia”, dado que “el resarcimiento del perjuicio 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 identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada”.

6) Vencidos así los obstáculos del acto consentido y del acto confirmado mediante la reconducción del problema al puro terreno de la acción por responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, la fecha de un año para su ejercicio⁸ comenzaría a correr a partir de la fecha de la publicación de la correspondiente sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de la ley.

3. La doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario

El principio de responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario, esto es, por los daños y perjuicios que dicha infracción pudiera ocasionar a los particulares, fue proclamado por el TJCE por vez primera en el asunto Francovich y Bonfaci (1991).⁹ Aunque refiriéndolo en especial al incumplimiento de la obligación de ejecutar correctamente las directivas, el TJCE sentó las bases de un régimen claramente objetivo, presidido por la mera *infracción lesiva* de los *derechos de los*

5. Aunque la doctrina se ha llevado a otros terrenos; por citar algún ejemplo reciente, sobre el que volveré, cfr. la STS de 9 de mayo de 2008 (número de recurso 498/2007), en relación con reclamaciones por pase a segunda actividad de funcionarios de policía por cumplimiento de la edad reglamentaria, tras la declaración de inconstitucionalidad (STC 234/1999) de la disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de presupuestos generales del Estado para 1989.

6. Plasmada en el artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no per-

mitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, 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”.

7. Incluso cuando la cosa juzgada deriva del transcurso del plazo para agotar la vía jurisdiccional...

8. Cfr. artículo 142 de la LRJAP-PAC.

9. STJCE de 19 de noviembre de 1991 (C-6 y 9/90).

particulares mediando *nexo causal* entre el daño y el perjuicio.

Considerado el principio como “inherente al sistema del Tratado” que derivaría a su vez de otros dos principios, el de la plena efectividad del Derecho comunitario (incluida la plena protección de los derechos conferidos a los individuos) y el de cooperación leal de los estados miembros para con la Comunidad (artículo 10 del TCE),¹⁰ el TJCE estimó oportuno en *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (1996)¹¹ reforzar su fundamento destacando su naturaleza de “expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”, obligación ésta que alcanzaría a las autoridades públicas por “los daños causados en el ejercicio de sus funciones”.

En el propio asunto *Brasserie* el TJCE homogeneizó las condiciones que habrían de presidir el régimen de responsabilidad, con independencia de que la infracción procediera de los estados miembros o de las propias instituciones comunitarias.¹² Tales condiciones, cuya apreciación varía en función de cada situación,¹³ giran, en lo que suponía una importante matización de *Franovich*, en torno a la especial calificación de la infracción como *suficientemente caracterizada*. Con otras palabras, no toda lesión de los derechos de los particulares consecuencia de una infracción del Derecho comunitario por los estados produciría el deber de éstos de indemnizar, sino sólo aquella susceptible de ser calificada de “suficientemente caracterizada”; calificación ésta que tendrá lugar bien en ausencia de margen de maniobra en la actuación del poder público en cuestión (lo que habrá de analizar caso por caso en función del contenido de la norma comunitaria vulnerada, atendiendo especialmente a su claridad, precisión e incondicionalidad), bien en presencia de dicho margen si sus fronteras sobrepasa-

das hubiesen sido previamente delimitadas por los tribunales, en particular por el TJCE.¹⁴

Ello teniendo en cuenta que existen otros factores, enunciados asimismo en *Brasserie* sin carácter taxativo,¹⁵ que también pueden incidir en la calificación o no de la infracción como “suficientemente caracterizada”, así como agravarla o atenuarla. Es el caso de la intencionalidad o involuntariedad del infractor, la excusabilidad o no de un eventual error de Derecho,¹⁶ o la posible inducción por las instituciones comunitarias, por acción u omisión, al comportamiento infractor interno.

Como también existen factores que pueden debilitar o incluso romper el *nexo causal* entre la infracción y el daño, como por ejemplo la falta de diligencia del perjudicado para evitar o disminuir, a través del ejercicio en su momento de las acciones pertinentes, las nocivas consecuencias en su esfera jurídica derivadas del comportamiento infractor de las autoridades públicas.

Debe advertirse, por lo demás, que el régimen nacional de responsabilidad pública desempeña un papel estelar en el funcionamiento del régimen de responsabilidad comunitario. En primer lugar, porque éste, conforme a la metodología propia de los principios generales de Derecho comunitario, sigue inspirándose en los derechos nacionales, atento el TJCE a la evolución que éstos vayan sufriendo tanto en el terreno legislativo como en el doctrinal y en el jurisprudencial. En segundo lugar, porque el régimen comunitario de responsabilidad de los estados miembros no excluye la aplicación del régimen nacional si es más favorable para el administrado¹⁷ (principio que denominaré “de preferencia” o “aplicación preferente”). Y en tercer lugar, porque las reglas que presiden esta acción de responsabilidad a ventilar ante los tribunales internos (auxiliados, en su caso, por el TJCE vía prejudicial), más allá de las condiciones sustantivas analizadas que derivan del régi-

10. Según el cual:

“Los estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

“Los estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.”

11. STJCE de 5 de marzo de 1996 (C-46 y 48/93).

12. FJ 42:

“Los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en fun-

ción de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.”

13. Cfr. asunto *Norbrook Laboratories*, STJCE de 2 de abril de 1998 (C-127/95).

14. Cfr. p. e. asunto *Comisión v. CEVA Santé Animale*, STJCE de 12 de julio de 2005 (C-198/03 P).

15. FJ 56.

16. A cuyos efectos puede ser determinante el comportamiento de los demás estados miembros: cfr. asuntos *British Telecommunications*, STJCE de 26 de marzo de 1996 (C-392/93), y *Denkavit e.a.*, STJCE de 17 de octubre de 1996 (C-283, 291 y 292/94).

17. “Los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos” (asunto *Brasserie*, FJ 66).

men comunitario, son las nacionales,¹⁸ siempre y cuando se respeten los principios de equivalencia (tales reglas no pueden ser menos favorables que las que presiden las acciones basadas en puro Derecho interno) y efectividad (no pueden hacer imposible o excesivamente difícil el derecho de reparación).

De ahí que, en mi opinión y dicho sea de paso, no sean del todo correctos los términos en que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial en su auto de 1 de febrero de 2008:¹⁹ lo que realmente le suscitó dudas fue el alcance del principio de preferencia (y no de equivalencia), y la compatibilidad con el mismo de su doctrina de rechazo a extender el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias (pues se insiste, mientras que el principio de equivalencia se refiere a la aplicación de reglas nacionales en ausencia o insuficiencia de reglas comunitarias, el principio de preferencia concierne al desplazamiento de reglas comunitarias por reglas nacionales más favorables para el administrado).

4. En particular, la doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes anticomunitarias

En el asunto *Brasserie*, el TJCE abordaría expresamente la cuestión de la responsabilidad del Estado-legislador por infracción del Derecho comunitario, declarando al respecto que:

“el principio conforme al cual los estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional.”²⁰

Asumido lo anterior, la construcción del TJCE de la responsabilidad patrimonial del poder público normativo (comunitario, o nacional en su faceta de ejecutor del Derecho comunitario), va a girar en torno a la naturaleza misma de la infracción, y no de su procedencia. Esto es, importará atender no tanto a la procedencia “legislativa” o “ejecutiva” de la norma

infractora, como al margen de apreciación que ésta tendría a la luz de la norma infringida. Siendo el margen inexistente, o de existir, habiendo quedado perfectamente delimitado a través de la interpretación de la norma infringida por el TJCE, la infracción presentaría los principales ingredientes para ser calificada como “suficientemente caracterizada” (con independencia, pues, de que la norma infractora proceda del Consejo, solo o actuando conjuntamente con el Parlamento, o de la Comisión, o, si referida la infracción a un Estado miembro, del Parlamento o del Gobierno nacionales, central o en su caso regional); de lo contrario, dicha calificación quedaría a expensas de manejar los ingredientes enunciados en el FJ 56 de *Brasserie* (i. e., intencionalidad o involuntariedad del infractor, etc., cualquiera que fuera, nuevamente, la procedencia del ente infractor).

5. *Excursus*: Sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales que sitúen al Estado en posición de infracción de sus obligaciones comunitarias

Ante la disparidad de regímenes de responsabilidad patrimonial por actividad legislativa en función de que el canon de control sea la Constitución o el Derecho comunitario, se impone la determinación de cuál resulte más favorable, en términos sustantivos, para el administrado: en el caso de ser más favorable el nacional, será éste el que deba aplicarse en virtud del principio de preferencia; de lo contrario, será el comunitario en virtud de su naturaleza subsidiaria.

Pero antes de entrar en tal determinación, y asumiendo que, según doctrina vigente del Tribunal Constitucional, la anticomunitariedad no se identifica en Derecho español, *per se*, con la inconstitucionalidad,²¹ conviene aclarar que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, sobre todo por motivos formales,²² puede situar al Estado, por el hecho mismo de tal declaración de inconstitucionalidad, en posición de infracción de sus obligaciones comunitarias (por ejemplo, por ausencia de ejecución de las directivas en plazo establecido).

18. Incluidas las concernientes al ente territorial responsable en el caso de estados descentralizados (asunto *Konle*, STJCE de 1 de junio de 1999, C-302/97).

19. Espoleado, también dicho sea de paso, por el poco rigor conceptual del propio TJCE al abordar el margen de maniobra de los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial en el contexto de infracciones del Derecho comunitario...

20. Así derivaría no sólo de la naturaleza misma del principio (“expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”),

sino de “la exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que constituye la aplicación uniforme del Derecho comunitario”, en virtud de la cual “la obligación de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales” (FJ 29 y 33).

21. Esto es, el hecho de que una ley vulnere el Derecho comunitario no la convierte automáticamente en inconstitucional por supuesta vulneración de la cesión de soberanía operada *ex artículo 93* de la CE (STC 28/1991, de 14 de febrero, y 64/1991, de 22 de marzo).

Con independencia de los resortes que pueda manejar el Tribunal Constitucional para evitar que tales hipótesis se hagan realidad (recurriendo por ejemplo, como hiciera allá por 1998,²³ a la técnica de la sentencia prospectiva), lo cierto es que de no hacer uso de los mismos, nos encontraríamos ante una dicotomía ausente en la cuestión suscitada por el auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008. En efecto, ya no se trataría de analizar si ante un supuesto de leyes anticomunitarias cabría aplicar, en virtud del principio de preferencia, el régimen de responsabilidad patrimonial previsto para las leyes inconstitucionales, lo que exige, como veremos, partir de la premisa de que ambos controles (de constitucionalidad y de comunitariedad) son análogos en sus elementos esenciales; se trataría de analizar, ante una confluencia de supuestos (de inconstitucionalidad y, simultáneamente, de anticomunitariedad), y descartada en consecuencia la necesidad de la referida analogía, cuál sería el aplicable por cuanto más favorable para el administrado.

6. El régimen de responsabilidad patrimonial más favorable para el administrado: ¿el propio comunitario o el nacional previsto frente a leyes inconstitucionales?

Como quedó reseñado y acabamos de reiterar, el sistema comunitario de responsabilidad de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario no excluye, antes al contrario, la entrada en juego, si es más favorable para el administrado, del sistema nacional de responsabilidad.

Comparemos, pues, el sistema de responsabilidad por leyes inconstitucionales con el sistema comunitario de responsabilidad por normas nacionales anticomunitarias (cualquiera que sea su naturaleza y rango al no ser tales elementos *per se* decisivos, como hemos visto, a la hora de configurar el régimen de responsabilidad por infracción del Derecho

comunitario), para a continuación determinar si, de aplicar el principio de aplicación preferente por cuanto más favorable para el administrado, debería extenderse el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias.

De las tres condiciones sustantivas, “necesarias y suficientes”, para la activación del régimen comunitario, la segunda de ellas, recordemos, supone que no cualquier infracción del Derecho comunitario por una norma nacional es susceptible de generar responsabilidad, sino tan sólo aquella especialmente “manifiesta y grave”²⁴ susceptible de ser catalogada como “suficientemente caracterizada”.

La doctrina del Tribunal Supremo en torno al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en cambio, gira en torno a la anti-juricidad de la ley (i. e., a la no-obligación de soportar el daño a la que se refiere el artículo 139.3 de la LRJAP-PAC), que desde luego se produce cuando aquélla es declarada inconstitucional. O lo que es igual, la mera infracción de la Constitución por la ley declarada inconstitucional abriría en principio, *per se* y sin necesidad de indagar acerca de lo grave y manifiesto del motivo de inconstitucionalidad, las puertas a una posible responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.²⁵

Consecuencia de ello, parece clara la mayor protección que ofrece al administrado el régimen nacional de responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales (según interpretación del Tribunal Supremo), si comparado con el régimen comunitario previsto para hacer frente a los daños y perjuicios derivados de normas anticomunitarias (ya sean dichas normas, se insiste una vez más, nacionales o europeas).

Y por lo que se refiere a la tercera condición para la activación del régimen comunitario de responsabilidad, concerniente al nexo causal entre la infracción y el perjuicio, el TJCE, ya en el citado asunto

22. Pues a la posible inconstitucionalidad material de una norma que desarrolle Derecho comunitario debe en todo caso preceder el examen de su posible anticomunitariedad: cfr. DTC 1/2004 de 13 de diciembre.

23. STC 195/1998, de 1 de octubre (cfr. R. ALONSO GARCÍA, B. LOZANO CUTANDA y C. PLAZA MARTÍN, “El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: Problemas competenciales y ultraeficacia protectora”, *Revista de Administración Pública*, 1999, 148, p. 99 y ss., en especial p. 118).

24. “El criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la *inobservancia manifiesta y grave*, por parte tanto de un Estado miembro como de una institución comunitaria, *de los límites impuestos a su facultad de apreciación*” (asunto Brasserie, FJ 55).

25. Cfr. M.A. AHUMADA RUIZ, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por

una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, 62, p. 334 y ss., quien critica la doctrina del Tribunal Supremo en los siguientes términos (p. 336):

“Si se parte de la idea, creo que convencionalmente aceptada, de que cualquier cuestión de inconstitucionalidad es, sobre todo, una cuestión acerca del preciso alcance y significado de los preceptos constitucionales, o sea, un problema de interpretación (constitucional y, a veces, legal), se comprende bien lo inadecuado de conectar el ‘hecho’ de la inconstitucionalidad de la ley con el comportamiento antijurídico del legislador o, en general, con el ejercicio ilícito de su competencia. Una calificación de este tipo debería reservarse para los casos, de esperar extraordinarios, en los que el legislador deliberadamente ignora los límites inequívocos que la Constitución le impone.”

Brasserie,²⁶ consideró necesario precisar, en particular, que “para determinar el perjuicio indemnizable, el juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían”, habida cuenta de que “según un principio general común a los sistemas jurídicos de los estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola”.

Es más, según doctrina tempranamente sentada por el TJCE en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de la propia Comunidad por los daños causados por sus instituciones y sus agentes en el ejercicio de sus funciones²⁷ (régimen cuyos principios, como también subrayó el TJCE en Brasserie, han de ser comunes a los que presiden la responsabilidad de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario),²⁸ no cabe alterar el sistema de recursos del Tratado, intentando contrarrestar por la vía de la acción de responsabilidad los efectos de una medida que podía y debía haber sido impugnada por el afectado en el plazo de dos meses que preside la interposición de un recurso de anulación ex artículo 230 del TCE,²⁹ o cuya ilegalidad, recurrida la medida en cuestión, hubiese sido ya desestimada por el TJCE.³⁰

Frente a dicha doctrina, parece asimismo evidente que resulta más favorable para el administrado la sentada por el Tribunal Supremo en relación con las leyes inconstitucionales, en la medida en que permite reclamar por la vía de la responsabilidad los daños y perjuicios derivados de actos firmes (de aplicación

de tales leyes posteriormente declaradas inconstitucionales) por haber transcurrido el plazo de impugnación en vía administrativa o contencioso-administrativa.

Y siendo éste precisamente el caso del proceso que está en el origen de la cuestión planteada por el Tribunal Supremo al TJCE mediante el auto de 1 de febrero de 2008, no es extraño que la recurrente reclamara la aplicación del régimen nacional de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al perjuicio que le habría ocasionado la aplicación (no impugnada en su momento) de una ley declarada contraria al Derecho comunitario por el propio TJCE.³¹

7. La analogía de supuestos como premisa para la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales a los daños y perjuicios derivados de leyes anticomunitarias: su descarte por el Tribunal Supremo y las deficiencias de la argumentación

Sin embargo, según la doctrina del Tribunal Supremo que el auto de febrero decidió someter a escrutinio del TJCE, la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales a los daños y perjuicios derivados de leyes anticomunitarias exigiría estar en presencia de supuestos análogos, lo que no sería el caso; y no lo sería por la diferente posición del operador jurídico, incluido en dicho concepto tanto el sujeto afectado como en última instancia el juez encargado de velar por la correcta aplicación de la ley, en función del parámetro de control de dicha ley, a saber, la Constitución o el Derecho comunitario.³² Con otras palabras, en la medida en que no podría equipararse la posición del operador jurídico frente a una ley por hipótesis

26. FJ 84 y 85.

27. Artículos 235 y 288 del TCE.

28. En una aproximación no novedosa del TJCE, que ya en materia de medidas cautelares (asunto Zuckerfabrik, STJCE de 21 de febrero de 1991, C-143/88 y 92/89, en el contexto de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para suspender provisionalmente la aplicación de actos comunitarios) había sostenido que “la protección provisional garantizada por el Derecho comunitario a los administrados ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede variar dependiendo de que impugnen la compatibilidad de disposiciones de Derecho nacional con el Derecho comunitario o la validez de actos comunitarios de Derecho derivado”; homogeneización ésta del régimen cautelar que posteriormente extendería a las medidas no suspensivas, sino de naturaleza positiva (asunto Atlanta, STJCE de 9 de noviembre de 1995, C-465/93).

29. Asunto Plaumann v. Consejo, STJCE de 15 de julio de 1963 (25/62).

30. Asunto Scheckenberg v. Comisión, STJCE de 15 de diciembre de 1966 (59/65); doctrina ésta, por cierto, que ha visto acentuada su importancia tras la negativa del TJCE a admitir la responsabilidad

extracontractual de la Comunidad por actos lícitos en el asunto FIAMM, resuelto por la STJCE de 9 de septiembre de 2008 (C120/06 P y C121/06 P).

31. En el contexto específico, además, de un recurso por incumplimiento contra España; lo que no obsta a que una reclamación similar hubiera podido sustentarse, en su caso, con fundamento en una declaración *indirecta* de incompatibilidad entre la legislación interna y el Derecho comunitario, vía cuestión prejudicial de interpretación (como de hecho sucedió en el asunto que dio lugar a la doctrina del Tribunal Supremo ahora sometida a escrutinio del TJCE, en el que la constatación de incompatibilidad de la legislación española con la comunitaria, también en materia de IVA, vino de la mano de una sentencia interpretativa: asunto Gabalfrisa, STCE de 21 de marzo de 2000, C-110 a 147/98).

32. Dejo a un lado la extravagante doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la supuesta diferencia de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional si comparados con las del TJCE. “En el caso que enjuicamos”, transcribe el auto de 1 de febrero de 2008, “la responsabilidad patrimonial que se demanda, de existir, lo sería por infracción de la normativa comunitaria, infracción que es apreciada

inconstitucional a su posición frente a una ley por hipótesis anticomunitaria, ello excluiría la obligación, derivada del principio de preferencia, de abordar por analogía las consecuencias de unas y otras en términos de responsabilidad patrimonial.

Poco o nada parece que habría que objetar a tal razonamiento, si no fuera porque, como veremos, las premisas de las que parte el Tribunal Supremo podrían no ser del todo exactas.

Expongamos cuáles son tales premisas. Según el Tribunal Supremo:

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

Expresado el razonamiento en otros términos, podría sostenerse que, según el Tribunal Supremo:

1) El punto de partida sería la debilidad del administrado frente a la Ley (incluidos sus actos de aplicación) en términos reaccionales.

en sentencia que resuelve una cuestión prejudicial y que por tanto no acarrea *per se* la desaparición *ex tunc* de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad; ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la ley inconstitucional normalmente sean *ex nunc*, correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso”. Extravagante doctrina ésta, como decía, por cuanto la jurisprudencia del TJCE apunta precisamente en el sentido opuesto de que, a pesar de la no-desaparición de la norma del ordenamiento jurídico (ni con carácter *ex nunc* ni con carácter *ex tunc*, pues el TJCE se limita a constatar, indirectamente, una situación de incompatibilidad a la que tiene que poner fin el Estado infractor), los jueces nacionales están obligados a aplicar la norma comunitaria, según la interpretación del TJCE, a las relaciones jurídicas nacidas antes de tal pronunciamiento interpretativo (en todo caso, a las relaciones no agotadas según el Derecho interno); y otro tanto sucede con las declaraciones de incompatibilidad realizadas en el marco de un proceso por incumplimiento, salvo que el propio TJCE haga uso de la facultad excepcional que le reconoce el artículo 231 del TCE, limitando los efectos retroactivos de su interpretación (o lo que es igual, descartando que ésta se pueda extender a situaciones jurídicas aún pendientes). Cfr. en esta línea C. CHECA GONZÁLEZ, “El derecho a la deducción del IVA en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo”,

2) Tal posición de debilidad a la hora de intentar eliminar los efectos lesivos que para el administrado derivan de la aplicación de la Ley, debería compensarse a través de una interpretación generosa de la acción de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios vinculados a la ley declarada inconstitucional.

3) Tal interpretación generosa pasa por diferenciar el objeto de las acciones de anulación y de responsabilidad, de manera que serían aquéllas, y no éstas, las afectadas por los límites derivados de la doctrina del acto consentido (por el administrado) o confirmado (por los tribunales).

Así las cosas, el referido razonamiento elaborado en relación con las leyes inconstitucionales no podría extrapolarse, en opinión del Tribunal Supremo, al terreno de las leyes anticomunitarias, habida cuenta de que:

1) No existiría posición de debilidad, en términos reaccionales, frente a actos dictados al amparo de leyes que se reputen contrarias al Derecho comunitario, ya que el administrado puede solicitar, y el juez decidir por su propia autoridad (i. e. y por hipótesis, sin mediar cuestión prejudicial alguna), la anulación de tales actos, dejando inaplicada, incluso de oficio, la ley considerada como anticomunitaria.

2) Es más, según discutible doctrina del TJCE,³³ en mi opinión aún por aclarar, tales poderes de inaplicación de la ley, también incluso de oficio, serían predicables para la Administración pública en su faceta revisora de su propia actividad por contraria al Derecho comunitario (en cuyo caso, y aquí estaría la gran deficiencia de la construcción del TJCE si

Impuestos (La Ley), 2006, 2, p. 228. Por otro lado, sucede que en el contexto litigioso que originó el auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 resulta improcedente traer a colación tales reflexiones, no ya porque la constatación de la infracción viniera de la mano de una sentencia declarativa del incumplimiento (y no de una sentencia prejudicial de interpretación), sino porque en dicha sentencia el TJCE rechazó expresamente la petición del Gobierno español de limitar sus efectos en el tiempo (“§ 29. Por lo que respecta a la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia que ha solicitado el Gobierno español, debe recordarse que sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a establecerla. §30. Para ello, como ha señalado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, es necesario que pueda acreditarse que las autoridades estatales fueron incitadas a adoptar una normativa o a observar una conducta contraria al Derecho comunitario en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión [...]. Pues bien, en este caso no existía tal incertidumbre. No procede, por tanto, limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia.”).

33. Doctrina Fratelli Costanzo, STJCE de 22 de junio de 1989 (103/88).

entendida en términos absolutos, existiría dificultad, cuando no imposibilidad, de activar la cuestión prejudicial comunitaria en búsqueda de una cooperación con el propio TJCE a los efectos de respaldar el control por la Administración de la comunitariedad de la ley...³⁴

Sucede, no obstante y como adelanté, que el razonamiento del Tribunal Supremo, sobre todo en lo concerniente a la posición del administrado y del juez ante la ley supuestamente anticomunitaria, no es exacto. Y no lo es por la sencilla razón de que la determinación de tal anticomunitariedad puede exigir, y de hecho así acontece a menudo, la previa interpretación del parámetro comunitario de control.

Detengámonos, sin ir más lejos, en la doctrina del Tribunal Supremo traída a colación por el auto de 1 de febrero de 2008:

“La doctrina [de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales] no es trasladable a los supuestos en que una norma [...] es contraria a la legislación europea, ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y, por tanto, la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después el acta de liquidación, y tanto la administración como la jurisdicción, posteriormente, debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario [se sobreentiende, dejando inaplicada la legislación interna incompatible].”³⁵

Aparte de que, como quedó señalado, está aún por aclarar el poder-deber de la Administración de inaplicar leyes contrarias al Derecho comunitario, sucede que el propio alcance del Derecho comunitario, en cuanto parámetro de control (incluidas las posibilidades que ofrezca para su aplicación directa, cuestión que todavía a día de hoy sigue perfilando la jurisprudencia del TJCE en relación, particularmente, con las directivas), puede presentar dudas cuya resolución llame a una intervención del juez comunitario vía prejudicial.

Y si en relación con la cuestión de inconstitucionalidad, veíamos que, según el Tribunal Supremo, “los

particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear [...] al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley relevante para el fallo”, en relación con la cuestión prejudicial comunitaria el TJCE tiene declarado, de manera análoga, que “el sistema instaurado por el artículo 234 de la CE, con vistas a garantizar la unidad de la interpretación del Derecho comunitario en los estados miembros, establece una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes”.

O lo que es igual, y de nuevo con palabras del TJCE: “la remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa descansa en su totalidad sobre la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión.”³⁶

Por lo demás, hay que advertir que ninguna de las referidas declaraciones, del Tribunal Supremo y del TJCE, puede entenderse en el sentido de que el planteamiento de la cuestión correspondiente estaría gobernado por una suerte de “libre albedrío” del juez ordinario/interno.

Así, en lo concerniente a la cuestión de inconstitucionalidad, se puede vincular la negativa a su planteamiento a una posible vulneración de la tutela judicial efectiva si la selección de la norma aplicable finalmente operada por el juez resulta arbitraria o manifiestamente irrazonable, o fruto de un error patente, en cuyo control juegan un papel determinante los principios de motivación y congruencia.

Y otro tanto cabría decir en relación con la cuestión prejudicial, sobre todo en el contexto de litigios ante órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno (contexto, por lo demás, que poco difiere

34. Cfr., por ejemplo, las reflexiones al respecto del Consejo de Estado en su Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. El texto del informe, así como de los estudios y las ponencias que rodearon su elaboración (cfr., en lo que aquí interesa, J. BAQUERO CRUZ y D. SARMIENTO, *Principios fundamentales del ordenamiento comunitario y administraciones nacionales*), ha sido coeditado en 2008 por el propio Consejo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

35. Como, por lo demás, también puede suscitar dudas, a la hora de determinar la posible responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario, el margen de apreciación de que disponga el Estado, llamando asimismo a una intervención al respecto del juez europeo (pues no hay que olvidar que “la existencia y amplitud

de dicho margen de apreciación deben determinarse en relación con el Derecho comunitario, y no con el Derecho nacional”: asunto Haim II, STJCE de 4 de julio de 2000, C-424/97).

36. Asuntos Kempter, STJCE de 12 de febrero de 2008 (C-2/06), FJ 41 y 42, y Cartesio, STCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06), FJ 90 y 91. Debe puntualizarse, eso sí, que tales declaraciones están hechas por el TJCE a los efectos de reforzar, que no debilitar, el diálogo vía prejudicial (subrayando en Kempter que las exigencias que para el juez nacional derivan del artículo 234 del TCE no presuponen que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario, y rechazando en Cartesio la posibilidad de recursos internos de apelación contra el planteamiento de cuestiones prejudiciales).

de aquel en el que se encuentra el juez ordinario ante la ley supuestamente inconstitucional: ni el juez ordinario puede por su propia autoridad declarar la inconstitucionalidad de una ley, ni el juez nacional, si está interviniendo en única o última instancia, puede por su propia autoridad resolver las dudas que le suscite la interpretación del Derecho comunitario utilizado como parámetro de control de la ley interna).

8. Pertinencia y oportunidad de la cuestión prejudicial planteada por el auto de 1 de febrero de 2008

En términos formales, nada hay que objetar, en principio, a la cuestión planteada por el auto de 1 de febrero de 2008, dado que: 1) la cuestión versa sobre las dudas interpretativas que al Tribunal Supremo le habría suscitado el alcance de una regla de Derecho comunitario; 2) obvio es que la duda puede versar sobre una regla comunitaria de Derecho positivo, o de un principio general del Derecho proclamado y desarrollado vía pretoriaza, y 3) obvio es, asimismo, que la duda puede referirse a si un principio general del Derecho comunitario, así o asá interpretado (que es precisamente el objeto de la cuestión prejudicial), ampara o deja de amparar no sólo una regla interna de Derecho positivo, sino también una regla elaborada por los tribunales nacionales.³⁷

Puede echarse en falta, no obstante, esfuerzo en el Tribunal Supremo a la hora de motivar el porqué de las dudas acerca de la compatibilidad de su propia doctrina con el Derecho comunitario. Y es que el auto del Tribunal Supremo se limita, por un lado, a

exponer su anterior doctrina en relación con la negativa a extender a las leyes anticomunitarias el régimen patrimonial admitido en relación con las leyes inconstitucionales; y, por otro lado, a exponer la doctrina del TJCE en torno al régimen de responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario, incluidos los principios de preferencia, equivalencia y efectividad. Se echa en falta, como decía, argumentación en torno a los motivos por los cuales lo que en su momento le pareció compatible con el ordenamiento jurídico comunitario, ha dejado de parecerse ahora...³⁸

Cuestión distinta, por lo demás, es la opinión que, valga la redundancia, la cuestión prejudicial pudiera merecer desde el punto de vista de su oportunidad.

En efecto, si de aplaudir resulta, creo, la decisión del Tribunal Supremo de someter a escrutinio su propia doctrina en torno a la negación de extender a las leyes anticomunitarias el régimen de responsabilidad patrimonial elaborado en relación con las leyes inconstitucionales, algún recelo, en cambio, suscita el hecho de que la doctrina que está en el origen de la cuestión, que no es otra que la que concierne al régimen mismo de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales, no esté tan asentada como pareciera desprenderse del auto del Tribunal Supremo; y ello debido no sólo al intenso debate que dicha doctrina suscitó en su momento³⁹ y sigue suscitando a día de hoy⁴⁰ en el mundo de la academia, sino también, y sobre todo, al igualmente intenso debate que parece haberse instalado en el seno del propio Tribunal Supremo.⁴¹

Sobre ello volveré al final de mi exposición.

37. El problema, por tanto, no está, como sostiene J. R. Rodríguez Carballo, en que “no existe la menor referencia o justificación acerca de por qué se plantea una cuestión prejudicial no sobre una norma impuesta o procedente de otro poder del Estado, sino sobre una jurisprudencia creada por el propio Tribunal Supremo y que éste puede cambiar por sí mismo”; el problema está, como el propio Rodríguez Carballo llega a advertir, en que, como veremos, no puede considerarse definitiva la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales (apuntando dicho autor incluso la “posibilidad de que cuando el TJCE resuelva la cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo ya haya cambiado su jurisprudencia sobre esta controvertida materia”). Cfr. J. R. RODRÍGUEZ CARBALLO, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las leyes internas que infringen el Derecho comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE (a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)”, *La Ley*, 2008, 6936.

38. Sin que quepa implícitamente deducir que fueron las sentencias del TJCE de 2006 y 2007 traídas a colación por el auto (concretamente, las dictadas en los asuntos *Test Claimants in the FII Group*, C-446/04, y *Test in the Thin Cap Group*, C-524/05), las que pudieron inducirle en 2008 a la duda acerca de la compatibilidad de su doctrina con el principio de preferencia (o, según los términos de la cues-

tión, con los principios de efectividad y equivalencia), ya que, como el propio Tribunal Supremo reconoce en el auto, dichos principios estaban ya en 2004 (que es cuando el Tribunal Supremo rechaza extender el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias) perfectamente asentados en la jurisprudencia del TJCE.

39. Para un panorama de las posiciones doctrinales favorables y contrarias, cfr. J. CONCHEIRO DEL RÍO, *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Su posible reclamación con carácter retroactivo según el Tribunal Supremo*, Dijusa, Madrid, 2001.

40. Especialmente significativa es la posición crítica de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007 (2ª ed.), p. 213 y ss.

41. Dicho de una manera más cruda, parece como si el Tribunal Supremo estuviera trasladando al TJCE sus propias dudas en torno al propio régimen nacional de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales... Me limitaré aquí a mencionar la ya citada STS de 9 de mayo de 2008 (número de recurso 408/2007), que aun manteniéndose fiel a la doctrina según la cual no podría anudarse la existencia de un supuesto deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la aplicación de una ley declarada inconstitucional a los principios de prescripción de la acción y de seguridad jurídica, cuenta con dos votos particulares, abiertamente discrepantes, en

9. Posibles respuestas del TJCE

Podrá el lector comprender a estas alturas lo arriesgado que resulta vaticinar la respuesta, más o menos exacta, que pueda ofrecernos el TJCE; riesgo éste que, además, se acrecienta en función de la distinta aproximación que, en términos de *política judicial*, pueda adoptar Luxemburgo.

Así, bien podría el TJCE (como en tantas otras ocasiones ha hecho en similares contextos de control indirecto del Derecho nacional, vía interpretación prejudicial del Derecho comunitario), poco menos que limitarse a reproducir su doctrina sobre la responsabilidad de los estados miembros, añadiendo si acaso alguna pista que permita al Tribunal Supremo adoptar la decisión última acerca de la compatibilidad entre su doctrina y el Derecho comunitario.

También podría el TJCE asumir él mismo tal decisión, pero sin llegar a entrar en un detallado examen acerca de la doctrina del Tribunal Supremo en torno al régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales (lo que, subrayemos de nuevo, predetermina a su vez el examen acerca de su posible extensión al supuesto de las leyes anticomunitarias); en tal caso, me aventuraría a vaticinar una respuesta del TJCE en el sentido de imponer el principio de aplicación preferente del régimen patrimonial español por leyes inconstitucionales, al menos mientras siga vigente la doctrina del Tribunal Supremo sobre estas últimas tal y como aparece sintetizada en el auto de planteamiento de la cuestión.

En fin, podría asimismo entrar el TJCE a fondo y hasta sus últimas consecuencias en el examen de la cuestión (lo que dependerá en gran medida de la profundidad de las observaciones que puedan presentarse en el marco de la cuestión, especialmente las procedentes del Gobierno español y de la Comisión, y del grado de interés que el asunto despierte en el Abogado General),⁴² en cuyo caso no hay que descartar posibles enfoques distintos a los del Tribunal Supremo, que podrían conducir, de manera sorprendente, a una solución similar a su doctrina sometida al escrutinio del TJCE.

los que se sostiene que “por exigencia del principio de seguridad jurídica, que impone la consolidación de situaciones confirmadas por sentencia o por actos administrativos de la misma naturaleza, no procede sustituir, sin desvirtuar tal principio, la imposible revisión del acto por una equivalente indemnización por daños y perjuicios”.

Adviértase, por lo demás, que mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007 (BOE de 3 de Marzo 2008, núm. 54), se ha procedido a una redistribución de asuntos en la Sala Tercera, pasando de la Sección Sexta a la Sección Cuarta las cuestiones concernientes a la responsabilidad patrimonial...

Me explico: debilitado en los términos en su momento expuestos el razonamiento del Tribunal Supremo sobre la falta de similitud entre la posición del administrado y del juez ante la ley, según que el parámetro de control sea la Constitución o el Derecho comunitario, quedaría aún por comparar ambas situaciones en ausencia de la más mínima duda acerca del alcance de este último. En tal caso, podría aquí sostenerse, el juez ostentaría plenas facultades de inaplicación de la ley por su propia autoridad si llegara a considerarla incompatible con el Derecho comunitario, lo que no sucede cuando el juez carece de la más mínima duda acerca de la inconstitucionalidad de la ley, habida cuenta de que tal juicio negativo correspondería en exclusiva al juez constitucional (activada la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad).

Pero aun en este supuesto, en el que tendría cierta cabida la argumentación del Tribunal Supremo en torno a la falta de semejanza entre la inconstitucionalidad de la ley y su anticomunitariedad a los efectos de rechazar, recordemos una vez más, la extensión a éstas del régimen de responsabilidad patrimonial admitido frente aquéllas, cabría plantearse si resulta correcta la aproximación comparativa. Pues en efecto, ¿es comparable la ubicación de la ley en el sistema puramente interno de fuentes, a su ubicación en el sistema internormativo de fuentes resultante de la inserción del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito interno? Con otras palabras: ¿es comparable la posición del legislador a la hora de desarrollar la Constitución, que la que ostenta a la hora de ejecutar, en el plano interno, el Derecho comunitario derivado? O, por el contrario, en este último caso de ejecución del Derecho comunitario derivado, ¿el término de comparación no habría que buscarlo en la posición que, en el plano estrictamente interno, ocupa el Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la hora de concretar la voluntad del legislador?

La cuestión, como puede fácilmente advertirse, tiene su importancia, porque una corrección de los términos de la comparación en la última línea apuntada parece que conduciría a una concordan-

42. Que probablemente sea alto, al haber decidido el TJCE atribuir la resolución del asunto a la Gran Sala (que, recordemos, está integrada, entre otros miembros, por el propio presidente del TJCE y los presidentes de salas de cinco jueces: cfr. artículo 16 del Estatuto del TJCE; y, según el artículo 44 § 3 de su Reglamento de procedimiento, “el Tribunal atribuirá a las salas de cinco o de tres jueces todos los asuntos que se le sometan, en la medida en que la dificultad o la importancia del asunto o circunstancias particulares no requieran que el asunto se atribuya a la Gran Sala”).

43. Artículos 292 y ss. de la LOPJ.

cia entre el régimen interno (referido ya a la responsabilidad por reglamentos ilegales) y el comunitario, por de pronto, en cuanto a la aceptación de la doctrina del acto consentido como elemento determinante de la ruptura del nexo causal entre la infracción y el perjuicio, quebrándose así una de las condiciones necesarias para respaldar la acción de responsabilidad...

10. El papel del juez ante la ley: ¿responsabilidad patrimonial del Estado-juez por no activar la prejudicialidad constitucional/comunitaria?

Ello nos lleva a una última reflexión, referida a la posibilidad de replantear la propia doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales.

En efecto, ¿no debería evitarse tergiversar, a través de la acción de responsabilidad, el viejo aforismo romano *volenti non fit iniuria*?

44. Tal reajuste, por lo demás, iría en la línea en su momento defendida minoritariamente en el seno del propio Tribunal Supremo (en lo que concierne a la doctrina académica, cfr. M. A. AHUMADA RUIZ, *op. cit.*, p. 340 y ss). Cfr. al respecto el voto particular de Xiol Ríos en la STS de 13 de junio de 2000 (número de recurso 567/1998), que abrió la vía de la responsabilidad a los daños y perjuicios derivados de actos consentidos. En dicho voto particular, que merece ser reproducido *in extenso*, puede leerse:

"1. La importancia de la doctrina sentada aconsejaba que se reuniese el Pleno de la Sala (artículo 197 de la LOPJ).

"2. El principio de seguridad jurídica se opone, como criterio general, al reintegro de ingresos tributarios firmes en virtud de ley declarada inconstitucional (STC 45/1989, FJ 11). El principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) obliga a soportar los daños y perjuicios que el ordenamiento impone para su efectividad. Dichos daños y perjuicios no son, en consecuencia, indemnizables (artículo 141.1 de la LRJyPAC), en contra del criterio mantenido por la mayoría de la sección.

"3. Una excepción se da en el supuesto contemplado en la sentencia de 29 de febrero de 2000 –en la que también he sido ponente–, en el que por sentencia firme se había confirmado la liquidación tributaria sin plantear cuestión de inconstitucionalidad. Aunque en nuestra sentencia no se dijera expresamente así, puede apreciarse un error judicial objetivo y sobrevenido, consistente en aplicar una ley luego declarada inconstitucional. El error judicial constituye uno de los supuestos de excepción a la eficacia de la cosa juzgada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial [artículo 203.1.f) de la LOPJ].

"4. Pueden plantearse otros supuestos en que el reintegro no afecta a la seguridad jurídica. Siempre resultaría excluido el caso contemplado, en que la parte no hizo protesta alguna de disconformidad con el ingreso, no solicitó la devolución de ingresos indebidos y no formuló reclamación alguna, en vía administrativa ni jurisdiccional, hasta que tuvo conocimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, transcurrido largamente el plazo de cuatro años de prescripción de las deudas tributarias y del derecho al reintegro de los ingresos indebidos (artículo 64 de la LGT).

"5. Existe una discrepancia respecto a la sentencia precedente que no se justifica satisfactoriamente. En aquélla se pone énfasis

¿Y no debería producirse un reajuste de la lectura por el Tribunal Supremo del artículo 40.1 de la LOTC, reconduciendo en su caso la actual doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador hacia una posible responsabilidad del Estado-juez por error judicial?^{43,44}

Con otras palabras: ¿no debería reconvertirse la responsabilidad del Estado-legislador por leyes inconstitucionales en responsabilidad del Estado-juez por error judicial al no haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad, como mínimo en aquellos supuestos en los que, tras una actuación diligente del demandante a los efectos de forzar dicho planteamiento y de agotar la vía judicial, éste hubiese sido desestimado por el juzgador sin exteriorizar de manera suficiente y adecuada el fundamento de la decisión misma de rechazo?⁴⁵

A nadie escapa la complejidad de tal reconversión, habida cuenta de que implicaría trasladar al muy res-

sis en el hecho de que la parte recurrente agotó todos los recursos para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley a la que se imputa el perjuicio hasta obtener una sentencia firme desfavorable. En ésta de la que disiento no se reconoce relevancia a la ausencia de este requisito."

Y no parece que el tiempo transcurrido desde entonces haya hecho cambiar de opinión al Magistrado disidente, hoy presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo: cfr. J. A. XIOL RÍOS, "La responsabilidad patrimonial por acto legislativo", en J. A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 1052-1053.

45. Hay que tener en cuenta que, con una argumentación que recuerda a la del Tribunal Supremo en relación con las leyes inconstitucionales, el TJCE tiene declarado lo siguiente:

"El reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño" (asunto Köbler, STJCE de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, FJ 39)

Existe, no obstante, una clara diferencia entre ambas doctrinas: mientras que el TJCE exige diligencia en el comportamiento de la víctima para evitar la ruptura del nexo causal entre la infracción y el daño, incluida en tal actitud diligente el agotamiento de la vía jurisdiccional correspondiente (de ahí su referencia a los órganos jurisdiccionales que resuelvan "en última instancia"), al Tribunal Supremo le es indiferente, con carácter general, dicho comportamiento "reaccional" ante las aplicaciones de la ley ulteriormente declarada inconstitucional.

trictivo terreno del “error judicial”⁴⁶ la no muy generosa doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la posibilidad de recurrir en amparo, por vulneración de la tutela judicial efectiva, el no-planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o de la cuestión prejudicial comunitaria (entendida dicha doctrina, además, de la manera más aperturista posible).⁴⁷

Pero debe advertirse que tal reconversión, en el ámbito de la actividad judicial cubierta por el Derecho comunitario y en el contexto de una incorrecta inutilización de la cuestión prejudicial, puede venir impuesta por la doctrina del TJCE, que, con carácter general y como hemos visto, tiene declarado que existe la obligación de indemnizar aquellos daños y perjuicios derivados de una violación suficientemente caracterizada de normas comunitarias que confieran derechos a los particulares, existiendo nexo causal entre tal infracción (cualquiera que sea el poder del Estado de donde proceda, incluido, pues, el poder judicial) y la lesión sufrida por el ciudadano; doctrina que, en particular,⁴⁸ ha puntualizado que uno de los elementos a tener en cuenta a los efectos de la calificación de la infracción como “suficientemente caracterizada” sería:

“el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 de la CE, párrafo tercero.”⁴⁹

Ello, además, sin olvidar que:

“en todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.”

A lo que cabe añadir, según precisaría el TJCE en el asunto *Traghetti del Mediterraneo* (2006),⁵⁰ que:

“no cabe excluir que se cometa una violación manifiesta del Derecho comunitario aplicable, precisamen-

te en el ejercicio de esta actividad interpretativa, si el juez, por ejemplo, da a una norma comunitaria de Derecho material o procedimental un alcance manifiestamente erróneo, especialmente respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia (véase, en este sentido, la sentencia *Köbler*, antes citada, apartado 56), o si interpreta el Derecho nacional de tal manera que, en la práctica, desemboca en una violación del Derecho comunitario aplicable”.⁵¹ ■

46. Que es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción casuística, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, ha de hacerse, en el plano de la legalidad ordinaria, por los jueces y tribunales. Valga como ejemplo de la muy restrictiva aproximación del Tribunal Supremo a los requisitos para admitir el error judicial su sentencia de 21 de mayo de 1998 (número de recurso 244/1997), dictada precisamente en un contexto en el que la recurrente reprochaba al tribunal que había juzgado su asunto el no haber planteado cuestión de inconstitucionalidad, pese a haber sido instado a ello, en relación con un precepto legal que posteriormente sería declarado inconstitucional.

47. Permítaseme remitir al respecto a mi trabajo *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 277 y ss.

48. Asunto *Köbler*, antes citado, FJ 55 y 56.

49. Y en relación con dicho incumplimiento, recordemos que no es siquiera preciso que las partes hayan invocado el Derecho comunitario: cfr. asunto *Kempter*, antes citado.

50. STJCE de 13 de junio de 2006 (C-173/03), FJ 35.

51. Y continuó el TJCE:

“§36. Como señaló el Abogado General en el punto 52 de sus conclusiones, excluir, en estas circunstancias, cualquier responsabilidad del Estado debido a que la violación del Derecho comunitario procede de una operación de interpretación de las normas jurídicas efectuada por un órgano jurisdiccional equivaldría a vaciar de su propio contenido al principio establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Köbler*, antes citada. Esta apreciación es pertinente, con mayor motivo, respecto a los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia, que se encargan, en el plano nacional, de la interpretación uniforme de las normas jurídicas. §37. Procede extraer la misma conclusión por lo que respecta a una normativa que excluye, con carácter general, cualquier posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado cuando la violación imputable a un órgano jurisdiccional de dicho Estado resulta de una apreciación de los hechos y de las pruebas.”

