

satisfacer dichas necesidades. Esta precisión es de capital importancia toda vez que es característico de estos entes instrumentales tener un objeto híbrido constituido simultáneamente por actividades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y por otras actividades, netamente de carácter industrial o mercantil. Una interpretación del actual art. 1.3.a) TRLCAP en el sentido de exigir para estar incluidos en su totalidad en su ámbito subjetivo de aplicación que ejerzan exclusivamente esta clase de necesidades de interés general supone excluir en bloque del TRLCAP a la mayoría de los entes instrumentales, y constituye una interpretación claramente contraria al Derecho comunitario de la contratación pública.

Sin duda, esta trascendental jurisprudencia del TJ sobre el concepto de poder adjudicador deberá tener reflejo en un futuro próximo en la doctrina de nuestros Tribunales.

La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?

(Comentario en torno a las sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 29 de febrero, de 13 de junio, de 15 de julio, de 30 de septiembre y dos de 27 de diciembre de 2000)

Roberto Galán Vioque

Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LAS SENTENCIAS COMENTADAS. III. LA CONSAGRACIÓN DE UNA RESPONSABILIDAD POR LEYES INCONSTITUCIONALES. 1. Los efectos de las sentencias constitucionales. 2. La posición de la doctrina administrativa en relación con el denominado ilícito legislativo 3. La *ratio decidendi* de la STS de 29 de febrero de 2.000 que obliga a indemnizar los perjuicios derivados de la aplicación del gravamen complementario a la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite y azar que fue declarado inconstitucional: a) Separación entre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley y la indemnización de los daños que haya causado su aplicación, b) La discutible consideración automática de los daños producidos por la aplicación de una ley inconstitucional como daños antijurídicos, c) ¿Es necesario que el particular recurra los actos de aplicación de una ley, que más tarde es anulada por el Tribunal Constitucional, para que puedan ser indemnizados los daños que haya producido?, d) La revisión de los actos dictados en base a una ley inconstitucional y e) La cuantía de la indemnización. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo ha estado instalado en la doctrina del Derecho Público el dogma de que el Legislador era irresponsable. Es decir, que nunca se podía exigir una indemnización al Estado por los daños derivados de la actividad legislativa. Contra esta idea arremetió tempranamente DUGUIT quien, a principios del siglo XX, afirmó irónicamente que «buenos espíritus que rechazan la noción de soberanía cuando el Estado administra o juzga, la mantienen cuando él legisla. Esta persistencia de la noción de soberanía, solamente en lo que concierne al Estado Legislador, se convierte en un obstáculo muy fuerte para el reconocimiento y el desarrollo de la responsabilidad estatal por ocasión de leyes formales»¹. En nuestro país el camino para alumbrar una auténtica responsabilidad por leyes no ha sido fácil ni, desde luego, rápido².

A pesar de que otros ordenamientos habían admitido la existencia de este tipo de responsabilidad, como en Francia con el famoso arrêt La Fleurette de su Consejo de Estado, nuestro Tribunal Supremo se había mostrado impermeable a estas corrientes jurisprudenciales³ no dudando en utilizar en los

¹ DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, tomo III, 3ª Edition, Tomo I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Editeurs, París, 1930, pág. 474. Por la misma época, entre nosotros, PÉREZ SERRANO sostenía refiriéndose también a la responsabilidad del Estado Legislador que «cuando más cerca se halla de la esfera soberana el Poder que actuó, más difícil resulta articular un principio de responsabilidad». Publicado en *Tratado de Derecho Político*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, págs. 180 a 181.

² Sobre esta materia resulta imprescindible la lectura de SANTAMARÍA PASTOR, *La teoría del Estado Legislador*, Revista de Administración Pública, n.º 68, 1972, págs. 57 y ss. Después de la Constitución española han sido numerosas las aportaciones doctrinales monográficas entre las que cabe destacar a ALONSO GARCÍA, M.C., *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator*, Madrid, Marcial Pons, 1.999, CELDRÁN RUANO, Julia: *La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de leyes: aproximación histórica y significado actual*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, *Reflexions sobre a responsabilidade do Estado lexislador*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1994, GARRIDO FALLA, *Sobre la responsabilidad del Estado Legislador*, Revista de Administración Pública, n.º 118, 1989, págs. 35 y ss., *La responsabilidad del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 77, 1993, págs. 125 y ss., *A vueltas con la responsabilidad del Estado Legislador*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 81, 1994, págs. 111 y ss. y *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 94, 1997, págs. 173 y ss., QUINTANA LÓPEZ, *La responsabilidad del Estado Legislador*, Revista de Administración Pública, n.º 135, 1994, págs. 103 y ss. y nuestro *La responsabilidad del Estado Legislador*, CEDECS, Barcelona, 2.001.

³ Vid. las sentencias de 12 de febrero de 1909, de 22 de marzo de 1913 y de 25 de junio de 1917 publicadas respectivamente en *Jurisprudencia Administrativa*, tomo 77, n.º 48, 1909, págs. 291 a 295, tomo 85, n.º 96, 1913, págs. 493 a 496 y tomo 93, n.º 223, 1917, págs. 957 a 960.

años setenta la noción de la soberanía del Parlamento como argumento para desestimar unas reclamaciones de responsabilidad planteadas por varias empresas privadas de seguros que por aplicación de la disposición transitoria 5ª del texto articulado de la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1.966 tuvieron que cesar en la gestión de los seguros de accidente de las Mutualidades Laborales sufriendo graves perjuicios económicos⁴.

No obstante, la aprobación de la Constitución española en el año 1.978 supuso un cambio drástico en esta situación ya que su artículo 9.3 proclamó con énfasis la garantía de «la responsabilidad de los poderes públicos». Al no establecer ninguna excepción y regular también la responsabilidad patrimonial por los daños procedentes del funcionamiento de los servicios públicos y del poder judicial en sus artículos 106.2 y 121 respectivamente parecía claro que si tiene algún significado este precepto es precisamente para extender esta garantía a los perjuicios que puedan derivarse de la actuación del poder legislativo.

La primera vez que se planteó con toda crudeza la posibilidad de exigir indemnización al Estado por actos legislativos después de la Constitución se produciría en relación con dos polémicas Leyes —la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (LOPJ) y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función pública— que, entre otras medidas, adelantaron la edad de jubilación de los jueces y magistrados y de los funcionarios públicos de los setenta a los sesenta y cinco años causándole evidentes perjuicios a sus destinatarios. Nuestro Tribunal Constitucional, después de rechazar que este adelanto legal de la edad de jubilación constituyera una medida expropiatoria, afirmó entre otras⁵ en su STC 108/86, de 29 de julio, de forma calculadamente ambigua, que el escalonamiento con el que se imponía la jubilación tenía como

⁴ Cfr. las SSTs de 22 de mayo de 1970 (Ar. 2682), de 1 de febrero de 1971 (Ar. 465), de 12 de noviembre de 1971 (Ar. 4808) y de 30 de septiembre de 1972 (Ar. 4140) y de 29 de enero de 1974 (Ar. 654). Véase la posición crítica a estas sentencias de GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo a la obra de LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1983, pág. 20, nota 7 que reitera con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II Civitas, Madrid, 1.998, pág. 215 y sobre todo a MARTÍN MATEO en *La posición del asegurador priva privado ante las nacionalizaciones del sector*, Revista de Derecho Mercantil, n.º 124, 1972, pág. 171.

⁵ Este planteamiento se reitera también respecto de jubilaciones anticipadas en las SSTC 70/1988, de 19 de abril (F.j. 3º), 99/1987, de 11 de junio (f.j. 6 a) y 129/1987, de 16 de julio (f.j. 4º).

«...finalidad evidente... la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación.» (F.j. 22º, el subrayado es nuestro)

Estas palabras animaron al amplísimo colectivo de personas afectadas a recurrir masivamente los actos administrativos por los que se les jubilaba pidiendo su anulación y subsidiariamente una indemnización. Estas reclamaciones acabarían residenciándose ante el Tribunal Supremo que se pronunciaría de un modo inequívoco a favor de la existencia de la responsabilidad por actos legislativos —por todas véase la sentencia dictadas por su Pleno de 25 de septiembre de 1.987⁶— aunque frenaría en seco la efectividad de esta jurisprudencia al obligar a los recurrentes a pedir la indemnización, no a la Administración Pública o al Consejo General del Poder judicial que les jubiló, sino al Consejo de Ministros por encarnar «la unidad de la Administración» y ostentar «la máxima representación del Poder Ejecutivo del Estado, a la vez que es partícipe del mismo».

En estas circunstancias es fácil comprender el “jarro de agua fría” que supuso que la primera sentencia del Tribunal Supremo que resolvía una reclamación de responsabilidad de un jubilado anticipadamente, que había sido denegada antes por el ejecutivo, la desestimara íntegramente. No sólo por el hecho de que fuera desestimatoria sino porque este Tribunal daría un giro copernicano a su jurisprudencia anterior⁷ manteniendo ahora sorprendentemente en su sentencia, de 30 de noviembre de 1.992⁸, dictada otra vez por el Pleno de su Sala Tercera, que

⁶ Ar. 10107 de 1988. En su fundamento jurídico 4º se sostiene con rotundidad que «...no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad, siquiera su declaración presenta el problema de su falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma, así como los Principios Generales del Derecho a que hace referencia el artículo 1º del Código Civil, en su redacción de 31 de mayo de 1974; si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes, de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados...»

⁷ GARRIDO FALLA había advertido proféticamente de la posibilidad de un «giro involucionista» en *Sobre la responsabilidad del Estado Legislador*, Revista de Administración Pública, nº 118, 1989, págs. 35 y 56.

⁸ Ar. 8.769.

«..., en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del art. 9.3 del Texto Constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso.» (F.j. 3º)

No fue nada casual que este fallo viniera a coincidir prácticamente en el tiempo con la aprobación del vigente artículo 139.3 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común con el que se pretendió eliminar de un modo expeditivo a la responsabilidad por leyes al establecer que «las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan la obligación jurídica de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». Este precepto pretende dejar en manos del Legislador, que es el causante de los daños, la decisión sobre la procedencia de una indemnización.

Pero el esfuerzo conjunto de este precepto y de aquella sentencia acabaría resultando vano. Por un lado, hay que destacar que durante esa misma época se estaba alumbrando en el Derecho europeo una acción de responsabilidad de los Estados por sus infracciones comunitarias que también iba a alcanzar a la reparación de los perjuicios sufridos por los particulares como consecuencia de los incumplimientos que fueran imputables a los poderes legislativos nacionales. Así en la paradigmática sentencia de 19 de noviembre de 1.991 del Tribunal de Luxemburgo, dictada en el asunto *Francoovich y Bonifaci* (As. C-6/90 y C-9/90)⁹ se proclamó que esta responsabilidad de los Estados resultaba algo «inherente al sistema del Tratado»¹⁰ y se hizo esta afirmación, y ahí radica la trascendencia de este fallo, en relación con unos perjuicios sufridos por unos ciudadanos italianos como consecuencia de una omisión de su Legislador que dejó sin trasponer una directiva comunitaria. Más tarde el Tribunal de Luxemburgo afianzaría de forma definitiva esta revolucionaria jurisprudencia en su decisiva sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur SA y República Federal de Alemania y The Queen y Secretary of State for Transport ex parte: Factortame LTD e.a.*, (As. C-46/93 y 48/93)¹¹ —conocida como *Brasserie*

⁹ Rec. I, págs. 5357 y ss.

¹⁰ Parágrafo 35.

¹¹ Rec. I, págs. 1131 y ss.

du pêcheur/Factortame III— trasladando al ámbito de la responsabilidad de los Estados como mínimo el mismo régimen de responsabilidad que se le aplica a los órganos comunitarios.

Además, los hechos son tozudos y al poco tiempo de dictarse la STS de 30 de noviembre de 1.992, que bien puede calificarse como la antilafleurette española, el Tribunal Supremo se vería obligado a abandonar su rígida doctrina e indemnizar a partir de su sentencia, de 5 de marzo de 1.993¹², a una empresa pesquera en concepto de responsabilidad del Estado Legislador por los daños que le había ocasionado una brusca supresión de unos privilegios fiscales por la aprobación con la Ley orgánica 10/1.985, de 2 de agosto, del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea.

A partir de esta sentencia convivirán en materia de responsabilidad legislativa dos líneas jurisprudenciales contradictorias. Frente a un inabarcable número de sentencias "clónicas" que reproducen casi literalmente la fundamentación de la STS de 30 de noviembre de 1.992 surgirán una serie de sentencias¹³ que de una manera ecléctica, sin descartar *a radice* una eventual responsabilidad legislativa, examinan las circunstancias de cada caso concreto para determinar si procede o no indemnizar los daños legislativos producidos.

Esta segunda línea jurisprudencial ha recibido más tarde un firme apoyo por parte de nuestro Tribunal Constitucional¹⁴ en su sentencia 28/1.997, de 13 de febrero, recientemente confirmada por la STC 248/2.000, de 19 de octubre. Las Leyes baleares 1/1.984, de 14 de marzo, de **Ordenación y protección de Areas Naturales de Interés Especial** y 3/1.984, de 31 de mayo, de **Declaración de «Es Trenc-Salobrar de Campos» como Area Natural de Especial Interés** introdujeron unas severas limitaciones urbanísticas a los terrenos comprendidos en su ámbito de aplicación lo que obligó a unas entidades mercantiles a abandonar unas promociones inmobiliarias que ya habían comenzado a construir. La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de

¹² Ar. 1.623, después reiterada en las posteriores SSTS de 27 de junio de 1994 y de 16 de septiembre de 1997 (Ars. 4.981 y 6.411).

¹³ En esta línea pueden citarse las SSTS de 13 de febrero, de 8 de abril y de 18 de septiembre de 1997 (Ars. 979, 2.666 y 6.917).

¹⁴ GARRIDO FALLA había apuntado incluso en *La responsabilidad del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992*, *op. cit.*, págs. 129 y 132 a dejar su determinación en manos de este Tribunal.

Justicia de las Islas Baleares, de 25 de febrero de 1989¹⁵, no tuvo ninguna reserva a la hora de condenar al ejecutivo balear a indemnizarles los daños sufridos por la aplicación de estas leyes. Este Tribunal no juzgó necesario, sin embargo, cuestionar la constitucionalidad de aquellas leyes tal y como le habían solicitado las recurrentes. El Tribunal Supremo por el contrario, conociendo de este asunto en apelación, elevaría la cuestión ante el Tribunal Constitucional¹⁶ alegando, aparte de la falta de competencia legislativa de esa Comunidad Autónoma, la naturaleza expropiatoria de estas leyes. El alto Tribunal desestimó todos los motivos de inconstitucionalidad que se habían invocado señalando en relación con este último punto que

«...en el propio auto de planteamiento se condiciona la pretensión indemnizatoria objeto del recurso contencioso-administrativo del que conoce en apelación, a que las normas cuestionadas superen el juicio de constitucionalidad que por razones competenciales en él se plantea. En tal supuesto entiende que habrá de conocer del problema indemnizatorio debatido que, resuelto favorablemente para las sociedades recurrentes por la sentencia de instancia, se plantea en la apelación.

Es claro, por tanto, que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33. CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos.» (F.j. 7º)

Un año más tarde el Tribunal Supremo, acatando la doctrina constitucional, confirmaría parcialmente la sentencia de primera instancia en su fallo de 17 de febrero de 1.998¹⁷ aunque reduciría el importe de la indemnización

¹⁵ A esta importante sentencia se refieren MARTÍN REBOLLO en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España en Propiedad y responsabilidad en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 851 y BLASCO ESTEVE, A. en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Libros jurídicos Carperi, 1993, pág. 419.

¹⁶ Auto de 6 de noviembre de 1.990 (Ar. 8.748).

¹⁷ F.j. 6º. Doctrina también la siguen las posteriores SSTS de 6 de marzo de 1.998 y de 3 de marzo de 1.999 (Ars. 2.491 y 2.426) que, sin embargo, desestiman los recursos al no considerar indemnizables los daños alegados.

al aplicar en cuanto al fondo su jurisprudencia sobre la reparación de los daños originados por un cambio del planeamiento urbanístico.

Resuelta afirmativamente, por lo tanto, la cuestión de la responsabilidad por actuaciones u omisiones legislativas contrarias al Derecho comunitario y por leyes válidas quedaba por despejar la duda de si la responsabilidad del Estado Legislador abarcaba también a la reparación de los daños que tuvieran su origen en la aplicación de una ley más tarde declarada inconstitucional, lo que se denomina el ilícito legislativo. El Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de febrero, de 13 de junio, de 15 de julio, de 30 de septiembre y dos de 27 de diciembre de 2.000¹⁸, que constituyen el objeto del presente comentario, la ha dejado resuelta.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LAS SENTENCIAS COMENTADAS

Todas estas sentencias tienen su origen en un mismo desdichado asunto. El artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria introdujo de manera sorpresiva un gravamen complementario sobre la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar para las máquinas recreativas tipo «B». Este gravamen se aplicaba de forma retroactiva solamente para el año 90 y suponía un abono adicional de unas 233.250 pesetas por cada máquina.

Esta medida encontró el comprensible rechazo de los empresarios que, aunque no tuvieron más remedio que abonarlo, impugnaron en un elevado número las correspondientes liquidaciones tributarias esgrimiendo fundamentalmente la inconstitucionalidad del gravamen complementario por constituir una aplicación retroactiva de una disposición restrictiva de derechos individuales y por implicar una patente vulneración del principio de seguridad jurídica lo que iría en contra de lo que garantiza el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

Mientras que en la vía económico-administrativa todos los propietarios de máquinas recreativas vieron desestimadas sus reclamaciones, la suerte en sede contencioso-administrativa fue muy desigual. La mayoría de los recursos contencioso-administrativos fueron desestimados sin que los Tribunales Superio-

¹⁸ Ars. 2.730, 5.939, 7.423, 9.093, 9.575 y 9.576.

res de Justicia vieran la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1.990 que con insistencia le solicitaban los recurrentes. Por el contrario las Salas de este orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y Madrid sí elevaron la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional que fue resuelta por medio de su sentencia 173/1996, de 31 de octubre. Esta sentencia se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 3 de diciembre siguiente.

El alto Tribunal estima la cuestión porque este precepto

«... ha llevado a cabo, retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de la suficiente justificación, lo que conduce a estimar que se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución.»
(F.j. 5º)

La sentencia en cuanto a sus efectos, sin embargo, se limita a declarar la inconstitucionalidad de este artículo y su correspondiente nulidad sin disponer nada, en contra de lo que suele ser habitual en fallos que anulan normas tributarias, al respecto de las liquidaciones tributarias que se hubiesen girado en su aplicación.

Pero no acababa aquí la relación de nuestro Tribunal Constitucional con el asunto del gravamen complementario sobre las máquinas tragaperras. Varios empresarios afectados que habían visto como los Tribunales habían ignorado su petición de que se cuestionara el reiterado artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1.990 interpusieron recursos de amparo, una vez agotada la vía contencioso-administrativa, alegando la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad ante la ley. El Tribunal Constitucional admitió a trámite estos recursos pero suspendió, con toda lógica, su tramitación hasta que se resolviera la cuestión de inconstitucionalidad que se encontraba pendiente en relación con dicho precepto. Una vez declarada su inconstitucionalidad el alto Tribunal con buen juicio decidió avocar al Pleno, de conformidad con lo que dispone el artículo 10. k) de la Ley orgánica **del Tribunal Constitucional**, la resolución del primero de estos recursos de amparo.

La mayoría del Tribunal Constitucional se inclinó por desestimarlos en su importante, y fuertemente criticada, STC 159/1997, de 2 de octubre que cuenta con tres jugosos votos particulares. En relación con la alegación de la existencia de un tratamiento discriminatorio señala que en realidad lo que se planteaba era la infracción del principio de capacidad económica recogido en

el artículo 31.1 de la Carta magna cuya violación no es posible corregir por el estrecho cauce del recurso de amparo.

Más difícil le resulta salvar la espinosa objeción que afectaba a la violación del derecho a la tutela judicial efectiva. El recurrente en amparo había solicitado en su proceso judicial *a quo* sin éxito el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Más tarde había visto como el propio Tribunal Constitucional le daba la razón anulando el gravamen complementario al resolver una cuestión que sí había decidido plantear otro Tribunal. Lo primero que hace es recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva, como es jurisprudencia constitucional reiterada, no comprende el derecho a exigir a los Tribunales el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Se trata de una prerrogativa exclusivamente judicial. A continuación destaca la separación que existe entre los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y el de protección constitucional de derechos fundamentales afirmando en línea de principios que

«...si el problema de la constitucionalidad ha sido resuelto previamente en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad y, por haberse estimado que vulneraba un determinado precepto de la Constitución, se ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de un concreto precepto legal, caso de estar excluido el primero del ámbito del proceso de amparo, no cabe entender sin más, los efectos de la sentencia declarando la nulidad del segundo a este proceso». (F.j. 6º)

El argumento que en definitiva le va a llevar a nuestro Tribunal Constitucional a desestimar este recurso de amparo es que el precepto no fue anulado en el previo procedimiento de inconstitucionalidad porque lesionara ninguno de los derechos que son susceptibles de amparo sino que

«...en la STC 173/1996 la declaración de inconstitucionalidad del art. 38.2.2. de la Ley 5/1990 se produjo sólo con fundamento en la violación del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE; y este principio, por imperativo de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, queda extramuros del proceso de amparo.»

Completa su argumentación recordando el carácter extraordinario del recurso de amparo que hace que su interposición no afecte al valor de cosa juzgada de las sentencias judiciales recurridas por esta vía¹⁹. Doctrina que poco después consolidaría la STC 183/1.997, de 28 de octubre.

¹⁹ F.j. 7. B) de esta sentencia. Lo que rechaza GIMENO SENDRA enérgicamente en su voto particular a esta sentencia.

De otra parte el Tribunal Constitucional no ha dudado en otorgar el amparo a aquellas personas que recurrieran contra la aplicación de una ley que sí lesionaba un derecho fundamental. Así sucedió significativamente en relación con la adscripción obligatoria de los empresarios a las Cámaras de Oficiales de Comercio, Industria y Navegación declarada inconstitucional por la STC 179/1994, de 16 de junio, por violación del derecho a la libertad de asociación garantizado por el artículo 22 de nuestra Carta magna²⁰. No obstante, como es sabido, la constitucionalidad de esta adscripción obligatoria fue sorprendentemente rehabilitada por la posterior STC 107/1996, de 12 de junio.

Con todo, era inevitable que esta doctrina constitucional al aplicarla al asunto de las máquinas tragaperras causara una profunda insatisfacción. Irónicamente JIMENEZ DE PARGA se preguntaba en el Punto I. 4 de su voto particular si «¿o es que acaso, el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, cual nuevo Cid, va a ganar batallas después de muerto». Lo que no podía imaginarse este magistrado es que los empresarios afectados lejos de "huir despavoridos" iban a volver "a la carga" reconduciendo sus pretensiones de recuperar el importe de los gravámenes complementarios que injustamente habían pagado por la tortuosa vía de la responsabilidad del Estado Legislador.

En efecto, el objeto de los recursos contencioso-administrativos que resuelven las sentencias comentadas consisten en resoluciones, expresas o presuntas, del Consejo de Ministros que deniegan la indemnización que le solicitaban estos empresarios por los daños y perjuicios que les había ocasionado la aplicación del inconstitucional artículo 38.Dos. 2 de la Ley 5/1.990.

III. LA CONSAGRACIÓN DE UNA RESPONSABILIDAD POR LEYES INCONSTITUCIONALES

Para poder estimar los recursos interpuestos contra las desestimación de estas reclamaciones de responsabilidad, El Tribunal Supremo tendrá que enfrentarse y resolver arduos problemas jurídicos.

²⁰ Véanse, por todas, la SSTC 223 a 225/1994, de 20 de julio y 284/1994, de 24 de octubre. No obstante, el Tribunal Constitucional ha considerado razonable la interpretación de algunas Audiencias Provinciales que han estimado, después de la declaración de inconstitucionalidad, las demandas presentadas por estas Corporaciones de Derecho públicos ejercitadas para el cobro de las cuotas que los empresarios estaban obligados a abonarles por su adscripción legalmente forzosa a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y que éstos no habían impugnado en su día en sus SSTC 22/1996, de 12 de febrero, 42/1996, de 12 de marzo y 126/1996, de 8 de julio.

1. Los efectos de las sentencias constitucionales

En este terreno nuestro ordenamiento constitucional tiene una regulación claramente insuficiente²¹. El inciso final del artículo 164.1 de nuestra Constitución se limita a establecer que las sentencias constitucionales «*que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos*»²²; mientras que su artículo 161.1 a) para garantizar la seguridad jurídica dispone que las sentencias firmes que se hayan dictado en aplicación de una ley inconstitucional «*no perderán el valor de cosa juzgada*». Esta regulación la completa la Ley 2/1.979, de 3 de octubre, **del Tribunal Constitucional** precisando en sus artículos 39 y 40 que «*cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados*» y que «*las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán 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*»²³.

Esta situación deja a nuestro Tribunal Constitucional un amplio margen de libertad a la hora de delimitar los efectos de sus sentencias lo que ha dado lugar a una jurisprudencia ciertamente contradictoria. De este modo, en su STC 179/1.985, de 19 de diciembre declaró sin más la inconstitucionalidad por vulneración del principio de reserva de ley de determinados artículos de

²¹ Cfr. a BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración local, Madrid, 1982, GARRORENA MORALES, *La sentencia constitucional*, Revista de Derecho Político, n.º 11, 1981, págs. 7 y ss., PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1985 y PIBERNAT DOMENECH, *La sentencia constitucional como fuente del Derecho*, Revista de Derecho Político, n.º 24, 1987, págs. 57 y ss.

²² Si bien el art. 38. 1 de la LOTC extiende los efectos generales a todas las sentencias, estimatorias o desestimatorias, recaídas en un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad.

²³ Por ejemplo, esta obligación de revisar condenas penales se dio con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, **de Régimen jurídico de Control de Cambios** por prever penas privativas de libertad sin tener rango de ley orgánica efectuada por la STC 160/1986, de 16 de diciembre (especialmente su fundamento jurídico 5º).

la Ley 24/1.983, de 21 de diciembre **de Medidas urgentes de Saneamiento y Regulación de las Haciendas Locales** que habilitaban a los Municipios a fijar los tipos impositivos de ciertos tributos locales²⁴ lo que determinó que se tuvieran que devolver las cantidades que habían abonados los ciudadanos en su aplicación²⁵.

Con más prudencia se conduciría en el fallo que anuló la obligatoriedad de la tributación conjunta de los matrimonios, entre otros aspectos, de la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas recaído en la conocida STC 45/1.989, de 20 de febrero²⁶. Este Tribunal se preocupó por precisar hasta donde podía llegar a la hora de declarar la inconstitucionalidad de una ley afirmando que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es

«... sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.» (F.j. 11)

En uso de esta facultad que se había autoatribuido el Tribunal Constitucional decidió que

²⁴ La posterior STC 19/1987, de 17 de febrero, que resolvió una cuestión de inconstitucional anularía un nuevo precepto de esta Ley.

²⁵ En relación con la anulación de los preceptos de esta ley cabe destacar la STS de 13 de octubre de 1990 (Ar. 8.108) que confirmó la anulación de un liquidación girada por un Ayuntamiento en base a los tipos fijados infringiendo la reserva de ley y la indemnización por el coste de los avales que una empresa había presentado para suspender el pago del Tributo que había realizado el Tribunal de Instancia. Apostilla en su fundamento jurídico 3º que

«...las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una Ley tienen plenos efectos frente a todas, no debiendo olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico el vicio de inconstitucionalidad es un vicio de nulidad plena -así lo establece el artículo 39.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional- y los efectos de la sentencia que así lo declare se producen «*ex tunc*», es decir, se retrotraen al momento en que se dictó la ley declarada inconstitucional...».

²⁶ Esta sentencia resolvió una cuestión de inconstitucionalidad que la Sala primera del Tribunal Constitucional había elevado al Pleno en su STC 209/1.988, de 10 de noviembre que había estimado un amparo fundándose en la inconstitucionalidad de esta regulación legal. *Vid.* el art. 55.2 de la LOTC.

«...entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptible de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquéllas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3), las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría —como con razón observa el representante del Gobierno— un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales».

Se trata de una doctrina constitucional ya consolidada que suele aparecer cada vez que se anula una disposición legal que puede acarrear grandes repercusiones económicas para la Hacienda pública²⁷ y que sorprendentemente no se manejó en la STC 173/1.996, de 31 de octubre que anuló el gravamen complementario impuesto a los propietarios de las máquinas tragaperras tipo «B». Hay que destacar que, haciendo uso de esta amplia facultad, el Tribunal Constitucional en su STC 208/1.999, de 11 de noviembre, ha diferido en el tiempo la anulación de varios preceptos de la Ley 16/1.989, de 17 de julio, de **Defensa de la competencia**, que consideró inconstitucionales, para evitar que se produjera un peligroso vacío legal.

2. La posición de la doctrina administrativa en relación con el denominado ilícito legislativo

En relación con la indemnización de los daños producidos por la aplicación de leyes inconstitucionales la doctrina administrativa se había polarizado entre dos tesis enfrentadas.

Para LEGUINA VILLA si una ley inconstitucional ha causado perjuicios «la eventual indemnización de tales daños no depende de principio constitucional alguno, sino, pura y simplemente, de la eficacia de las sentencias de inconstitucionalidad». Esto significa que «la reparación de tales secuelas patrimoniales negativas depende exclusivamente, por tanto, de la eficacia que el Tribunal Constitucional otorgue a sus fallos de inconstitucionalidad o, por mejor decir, depende de que, en los fallos con eficacia invalidante retroactiva, la sentencia constitucional reconozca expresamente el

²⁷ Vid., entre otras, las SSTC 128/1994, de 5 de mayo (F.j. 8º), 146/1994, de 12 de mayo (F.j. 8º) 179/1994, de 16 de junio (F.j. 12), 254/1994, de 21 de septiembre (F.j. 6º) y 185/1995, de 14 de diciembre (F.j. 10º).

derecho a la indemnización, los sujetos que pueden ejercerlo, el grado o nivel de su cuantía y la modalidad que haya de revestir»²⁸.

Por el contrario GARRIDO FALLA considera que la reparación de los daños producidos por una ley constituye el único supuesto de responsabilidad legislativa ya que «toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de la ley»²⁹. Tesis que comparte DE LA CUÉTARA³⁰ si bien apunta a un eventual desvío de la responsabilidad al poder judicial cuando en virtud del artículo 161. 1 a) *in fine* haya recaído una sentencia judicial firme que haya aplicado la ley inconstitucional. En una línea próxima PARADA VÁZQUEZ somete la reparación de los perjuicios causados por una ley inconstitucional al régimen de indemnización de los daños producidos por una disposición reglamentaria afirmando que es posible su indemnización aunque, sobre la base de lo que dispone el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, no se puede «dar por supuesto o prejuzgar que dichos daños se han producido por el simple hecho de la anulación»³¹.

²⁸ Cfr. La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Pública y del procedimiento administrativo común, *op. cit.* pág. 414. Esta opinión es compartida por la mayoría de la doctrina española. Véase en este sentido a CELDRÁN RUANO, *La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de leyes: aproximación histórica y significado actual*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1996, pág. 67, LÓPEZ-NIETO y MALLÓ, *Manual de expropiación forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, Bayer Hermanos, Barcelona, 1994, 2ª edición, pág. 401, MONTORO CHINER, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Revista catalana de Derecho Público, nº 16, 1993, pág. 54, DE LA MORENA y DE LA MORENA, *Curso de Derecho Administrativo, tomo IV, Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial*, Gráficos Le coq d'or, Majadahonda, 1992, págs. 449 y 450, y PAREJO ALFONSO en el libro colectivo del que es coautor con JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo, Vol. I*, Ariel, Madrid, 4ª edición, 1996, pág. 546. En esta línea SANTAMARÍA PASTOR en *La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador, op. cit.* págs. 123 y ss. construye la teoría de la responsabilidad por ilícito legislativo a partir de los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las sentencias constitucionales.

²⁹ En su *Sobre la responsabilidad del Estado Legislador, op. cit.*, pág. 53. En este mismo sentido aunque con una fundamentación opuesta se muestran GÓMEZ PUENTE en su *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, pág. 10 y RODRÍGUEZ OLIVER en *Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional*, publicado en el libro colectivo *El tribunal Constitucional*, Vol. III, Dirección general de lo contencioso-administrativo del Estado, Instituto de Estudios fiscales, 1981, Madrid, págs. 2355 y 2356.

³⁰ Vid. su *La actividad de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, págs. 559 y 560.

³¹ Véase su *Derecho Administrativo. I Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 8ª Edición, 1996, pág. 721.

En una posición ecléctica entre ambas tesis ALONSO GARCÍA, M.C.³² considera que el único supuesto de responsabilidad legislativa que cabe en nuestro ordenamiento jurídico sería el de las leyes inconstitucionales en la que sí estaría presente la nota de la antijuridicidad de los daños imputables a las leyes, pero matiza que «*las declaraciones del Tribunal [Léase el Tribunal Constitucional] en orden a restringir los efectos de sus fallos hacia el futuro exclusivamente o la negación expresa de cualquier derecho de reparación derivado de un juicio de inconstitucionalidad, así como, en su caso, la concreción de la cuantía de la indemnización, el señalamiento del procedimiento de exigencia ésta o cualquiera otras condiciones y limitaciones que el propio Tribunal quiera imponer a su fallo, corresponden al ámbito competencial que el Ordenamiento jurídico atribuye a éste*» por lo que sólo «*el silencio del Tribunal Constitucional sobre tal parecer ha de permitir a los Tribunales ordinarios... proceder a la declaración de tal derecho en la resolución de los asuntos que afecten a los actos de aplicación de las normas legales viciadas*».

A nuestro juicio resulta necesario establecer una clara separación entre los efectos de una sentencia constitucional y la indemnización de los daños que derivan de la aplicación de una ley inconstitucional³³. En una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley sólo se hace un juicio en abstracto de la conformidad de los preceptos legales impugnados con la Constitución. El Tribunal Constitucional podrá, como hemos señalado, pronunciarse sobre los efectos de su inconstitucionalidad hacia el pasado, señalando qué actos de aplicación de la ley permanecen y cuáles tienen que desaparecer, o incluso para el futuro pero no tiene potestad para determinar los perjuicios concretos que hayan podido sufrir sus destinatarios ni menos aún para, suplantando al Legislador o a los Tribunales ordinarios, establecer la cuantía y la modalidad de las indemnizaciones. Las sentencias constitucionales no pueden absorber nunca todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.

Aquí la responsabilidad por leyes inconstitucionales se asemeja mucho a la responsabilidad derivada de disposiciones reglamentarias que luego son anuladas. Con la diferencia de que la posición del Legislador a la hora de crear Derecho es muy distinta a la que ostenta la Administración cuando ejerce la potestad reglamentaria. Por esta razón para determinar qué daños y perjui-

³² En su *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 86 a 93.

³³ Vid. nuestra *La Responsabilidad del Estado Legislador*, op. cit., págs. 150 y ss.

cios originados por un ilícito legislativo deben ser indemnizados es obligado acudir a una interpretación sistemática de todo el texto constitucional.

3. La ratio decidendi de la STS de 29 de febrero de 2.000 que obliga a indemnizar los perjuicios derivados de la aplicación del gravamen complementario a la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite y azar que fue declarado inconstitucional

Si bien es cierto que hasta el año 2.000 nuestro Tribunal Supremo no había resuelto nunca una reclamación de responsabilidad por ilícito legislativo³⁴ no se pueden ignorar algunos pronunciamientos *obiter dicta* que había realizado con anterioridad.

De este modo en su sentencia de 10 de junio de 1988³⁵ desestimó la reclamación de responsabilidad solicitada por una empresa en liquidación por los daños que le había producido la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de **Amnistía** que le forzaba a indemnizar a los trabajadores que había despedido por motivos políticos durante el régimen anterior, al no poder readmitirlo, basándose en que el Tribunal Constitucional había descartado su inconstitucionalidad. Parece admitir a *sensu contrario* que la responsabilidad por leyes podría proceder si media una previa declaración de inconstitucionalidad. Parecía vincular por lo tanto, como ha señalado QUINTANA LÓPEZ, «*la obligación de resarcir los daños causados por la aplicación de Leyes con la vulneración constitucional de las mismas*»³⁶.

Más explícito sería el Tribunal Supremo en su destacada sentencia de 10 de octubre de 1.991³⁷ en la que resolvió una petición de indemnización solicitada por una conocida empresa licorera por la disminución de ventas que había experimentado como consecuencia del aumento de la fiscalidad de sus productos y de la prohibición de su publicidad en Televisión. En esta sentencia —un auténtico tratado jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado

³⁴ No obstante, hay que señalar que pocos días antes de la primera de las sentencias que comentamos el Tribunal Supremo había desestimado una petición de responsabilidad por daños causados por una ley inconstitucional en su original sentencia de 22 de febrero de 2000 (Ar. 2329) sobre la que nos vamos a ocupar más adelante.

³⁵ Ar. 4864. Véase su F.j. 5º.

³⁶ Vid. *La responsabilidad del Estado Legislador*, op. cit., pág. 116.

³⁷ Ar. 7.784

Legislador—, aunque resultó desestimatoria, defendió la viabilidad de una responsabilidad por leyes inconstitucionales al afirmar que

«Ciertamente, el Poder Legislativo no está extenso [**debe querer haber dicho exento**] de sometimiento a la Constitución y sus actos —Leyes— quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-Legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley.

..., se trata de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica del Poder Legislativo.» (F.j. 2ª)

No obstante, esta misma sentencia había mantenido una actitud escrupulosa en relación con la potestad del Tribunal Constitucional de determinar el alcance de sus fallos. De este modo hace una importante matización en el fundamento jurídico siguiente para los casos en los que la responsabilidad se plantea respecto de una ley tributaria que después es anulada, precisamente lo que sucede en las sentencias que comentamos, ya que pese a que

«... la declaración de inconstitucionalidad de la norma tributaria puede determinar (en función del principio de la responsabilidad) la obligación de indemnizar, como pudo ser el caso del recargo municipal potestativo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que creó la Ley 24/1.983, sobre medidas urgentes de saneamiento y regulación de las Haciendas Locales, declarado inconstitucional por la S. De 19.9.1985, aunque sólo determinó la devolución de las cantidades pagadas. Más significativo aún es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20-2-1989, relativa a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, relativos a la tributación de la «unidad familiar». En ella, y pese a la declaración de inconstitucionalidad, no sólo queda excluida de su contexto cualquier posible indemnización del Estado-Legislador sino, incluso, la simple devolución de ciertas cantidades pagadas precedentemente por el sujeto pasivo.

Lo que le lleva a concluir que a las leyes tributarias

«... aún cuando les sería aplicable la responsabilidad del Estado-Legislador derivada del principio de responsabilidad nacida de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido remisa en su aplicación hasta el momento, sin perjuicio de que pudiera tener acogida en el supuesto de inconstitucionalidad de la Ley Tributaria por vulneración de los principios de igualdad y progresividad del sistema tri-

butario y proscripción de su alcance confiscatorio, que consagra el art. 31-1 de la Constitución.»

Con estos antecedentes jurisprudenciales las expectativas que se habían creado eran muy grandes para los defensores de la responsabilidad por ilícito legislativo. La primera de las sentencias que comentamos, la sentencia de 29 de febrero de 2000, desde luego no les iba a defraudar.

a) Separación entre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley y la indemnización de los daños que haya causado su aplicación

La empresa Juegomatic, S.A. se había visto obligada a abonar el gravamen complementario sobre la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar para el año 1990 en relación con varias máquinas recreativas de su propiedad. Como no estaba conforme con este gravamen interpuso la correspondiente reclamación económico-administrativa que fue desestimada. Posteriormente recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa alegando como motivo fundamental de impugnación la inconstitucionalidad del precepto que había creado el gravamen complementario por lo que pidió que se elevara la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso interpuesto a través de una sentencia de 30 de julio de 1994 rechazando el planteamiento de la cuestión. Finalmente el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación presentado contra esta sentencia que se hizo firme.

Cuando años más tarde el Tribunal Constitucional estimó la cuestión de inconstitucionalidad, que otros Tribunales contencioso-administrativo sí habían decidido plantear, declarando la inconstitucionalidad del artículo 38.Dos.2. de la Ley 5/1990 por medio de la STC 173/1996, de 31 de octubre, esta entidad mercantil decidió presentar una reclamación de responsabilidad por ilícito legislativo, dentro del plazo de un año posterior a la publicación de la sentencia, al Consejo de Ministros por los daños que le había ocasionado la aplicación de este gravamen. Esta reclamación fue desestimada expresamente por acuerdo del ejecutivo de 12 de diciembre de 1.997.

Lo primero que hace la sentencia de 29 de junio de 2000, de la que fue ponente el magistrado XIOL RÍOS, es retomar su jurisprudencia anterior sobre responsabilidad por leyes inconstitucionales. Alineándose claramente con las tesis de GARRIDO FALLA no considera necesario para resolver este asunto entrar a interpretar la voluntad tácita del Legislador ni siquiera la eventual

aplicación de la restrictiva disposición que contiene el ya citado artículo 139.3 de la Ley 30/1992 que condiciona la indemnización al hecho de que el propio Legislador, causante del daño, haya previsto expresamente una indemnización, ya que

«...por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido «a priori» en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.» (F.j. 4º)

Remachando a continuación que

«la determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.»

Más problemático resultaba salvar la fuerza de cosa juzgada que tenía la impugnación infructuosa que había realizado esta empresa de las liquidaciones del gravamen complementario. El Abogado del Estado se apoyó en su argumentación en la STC 159/1.997, de 2 de octubre, que había desestimado, como ya se ha visto, un amparo interpuesto contra una de estas liquidaciones, después de que el propio Tribunal Constitucional hubiese anulado este gravamen, porque no se había producido violación de ningún derecho fundamental y porque la sentencia recurrida había devenido firme. La sentencia de 29 de febrero de 2.000 del Tribunal Supremo salva este obstáculo haciendo una clara separación entre los efectos de la sentencia constitucional que anuló el artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1.990 y la reparación de los daños que haya podido causar su aplicación efectiva. Después de recordar que, en virtud de lo que dispone el artículo 40 de la LOTC, la declaración de que una disposición legal es inconstitucional no altera las sentencias judiciales que sean firmes, salvo las que tengan una naturaleza sancionadora, afirma en su fundamento jurídico quinto con rotundidad que

«Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. 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 las interesadas. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.»

Se trata sin duda, como ha señalado PULIDO QUECEDO³⁸, de una sentencia *histórica* que da carta de naturaleza a la responsabilidad por leyes inconstitucionales en nuestro ordenamiento jurídico. La distinción expresa que hace entre la indemnización de los daños causados por la aplicación de una ley inconstitucional y la revisión de los actos firmes en que consiste dicha aplicación la deja a salvo de cualquier reproche de índole constitucional. Por lo que no creemos que la jurisprudencia que alumbró vaya a producir ningún tipo de conflicto con la jurisdicción constitucional, sino más bien todo lo contrario.

De hecho el propio Tribunal Constitucional ya había apuntado implícitamente en su STC 28/1.997, de 13 de febrero, la posibilidad de que los Tribunales contencioso-administrativos pudieran otorgar indemnización por ilícito legislativo. De esta forma acepta la relevancia de la cuestión que le había sido remitido en el seno de un recurso sobre responsabilidad por leyes, en contra de la opinión del Letrado de la Administración Autonómica de las Islas Baleares, porque,

«... la validez de la Ley 3/1984 no es indiferente al enjuiciamiento de la controversia planteada en el proceso contencioso-administrativo, ya que, con independencia de las razones aducidas por la Sala *a quo*, es innegable que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la referida Ley puede ser un elemento a considerar para determinar el alcance de la reclamación indemnizatoria pretendida en el proceso contencioso-administrativo.» (F.j. 2º)

³⁸ En su *La Responsabilidad del Estado Legislador por declaración de inconstitucionalidad de una ley* [Apunte de la STS (Sala 3ª Secc. 6ª), de 29-2-2000], Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Vol. I, 2000, pág. 1766 quién añade a esta calificación su deseo de que este pronunciamiento «sirva de ariete para pedir al Estado responsabilidad, cuando actúe inconstitucionalmente».

Mucho antes, y de forma inequívoca, había atribuido a estos Tribunales el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad por actos legislativos en su STC 70/1.988, de 19 de abril, en su fundamento jurídico 3º al señalar que su rechazo a considerar que el adelanto impuesto por la ley de la edad de jubilación constituye una medida expropiatoria

«... no condiciona necesariamente la resolución de la Sala sobre dicho problema [En alusión a la posibilidad de reconocer una indemnización en concepto de responsabilidad del Estado Legislador] que puede enjuiciar en términos de legalidad ordinaria en los que, naturalmente, no puede entrar este Tribunal.»

Por otra parte, aunque la acción de responsabilidad por ilícito legislativo tenga una autonomía propia sigue existiendo un punto de contacto entre esta acción y la sentencia constitucional que anula la ley. Su fecha de publicación marca el *dies a quo* a partir del que comienza a correr el plazo de prescripción de un año en el que se puede pedir la indemnización. Así lo ha declarado de una manera expresa la segunda sentencia dictada en relación con estos asuntos, la STS de 13 de junio de 2000³⁹, en cuyo fundamento jurídico 9º se sostiene que

«este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la «actio nata» o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones Públicas». (F.j. 9º)

b) *La discutible consideración automática de los daños producidos por la aplicación de una ley inconstitucional como daños antijurídicos*

Partiendo de la base de que resulta innegable que el Estado, y en su caso las Comunidades Autónomas, están sujetos a responsabilidad por ilícito legis-

³⁹ Ar. 5939.

lativo, lo que nos parece más discutible de la doctrina sentada por la sentencia de 29 de febrero de 2.000 es la amplitud que le da a la antijuridicidad de los perjuicios producidos por la aplicación de leyes inconstitucionales. Para el Tribunal Supremo la anulación de una ley por el Tribunal Constitucional convierte automáticamente a los daños que haya podido causar durante su vigencia en antijurídicos y por lo tanto indemnizables. En este sentido a la luz de este fallo PULIDO QUECEDO llega a afirmar que «del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha defendido como necesario que los Tribunales condenen a la Administración con fallos disuasorios, como medio preventivo de que no vuelva actuar y perpetuarse «ad eternum» en su irresponsabilidad, al Estado Legislador le debe costar caro, debe pagar un alto precio, por los daños y perjuicios derivados de actos legislativos teñidos de inconstitucionalidad, cuando sabe que juega además con el beneplácito de un Tribunal condescendiente con el Legislador económico»⁴⁰.

No compartimos estas afirmaciones. A nuestro juicio es erróneo asociar de una manera automática la inconstitucionalidad de una ley con la exigencia de responsabilidad como de forma poco meditada hace el Tribunal Supremo. La amplitud con la que configura a la responsabilidad por leyes inconstitucionales carece de apoyo constitucional y constituye, por el contrario, una serie amenaza a la potestad que tiene reconocido el Legislador para innovar el ordenamiento jurídico.

Como hemos defendido en otro lugar⁴¹ el parámetro válido para determinar la antijuridicidad de los daños derivados de un ilícito legislativo no puede ser otro que la propia Constitución española. La existencia de un vicio de inconstitucionalidad en una ley o la constatación de que se ha producido una omisión legislativa que es contraria a la Constitución no genera inevitablemente un derecho a indemnización. La sentencia del Tribunal Constitucional que declara esta inconstitucionalidad constituye solamente un presupuesto de la responsabilidad por ilícito legislativo. En principio los ciudadanos estamos obligados a cumplir las leyes aunque sean posteriormente declaradas inconstitucionales y a soportar en nuestro patrimonio los perjuicios que puedan derivarse de su aplicación como sucede con las leyes válidas que no producen sacrificios especiales. Todo esto con independencia de que el fallo constitucional pueda llevar hacia adelante o hacia atrás en el tiempo los efectos de la nu-

⁴⁰ Ibidem, pág. 1766.

⁴¹ Vid. mi *La responsabilidad del Estado Legislador*, op. cit. págs. 547 y ss.

lidad de la ley. Esto es así porque nuestra Constitución deja en manos del Legislador la configuración jurídica de muchos de nuestros derechos. Pero el Parlamento no puede disponer libremente de todos los derechos y libertades constitucionales ya que el artículo 53.1. de la Constitución establece una garantía material en virtud de la cual las leyes deberán respetar siempre el contenido esencial de los derechos y libertades del Capítulo segundo de su título I (arts. 14 a 38) y nuestra Carta magna fuera de estos preceptos atribuye directamente a los ciudadanos derechos como el de audiencia en los procedimientos de elaboración de reglamentos o de actos administrativos o la propia garantía de la responsabilidad de los poderes públicos en sus artículos 105 a) y c) y 9.3, 106.2 y 121 respectivamente, por citar sólo algunos ejemplos, que son directamente aplicables.

Aquí el Legislador no tiene libertad ya que se encuentra vinculado por la eficacia normativa directa de nuestra norma suprema. Por esta razón creemos que sólo pueden reputarse antijurídicos los daños y perjuicios que sufran los particulares como consecuencia de la aplicación de una ley inconstitucional o de una pasividad legislativa cuando hayan visto lesionados el contenido de derechos materialmente protegidos por la Constitución. Únicamente estos daños y perjuicios son los que deberán ser indemnizados.

Trasladando esta fundamentación a los hechos resueltos por las sentencias que estamos comentando nos llevaría a la conclusión de que los recursos tenían que haber sido desestimados en la medida que la inconstitucionalidad del gravamen complementario se basó en la infracción del principio de seguridad jurídica, principio que, aunque inspirador de todo nuestro ordenamiento jurídico, no atribuye directamente derechos a los ciudadanos. No obstante, hay que recordar que la STC 173/1.996 no entró a conocer de las demás infracciones constitucionales que se le alegaban —violación de los artículos 14 y 31.1 de la constitución— una vez estimada la inconstitucionalidad del gravamen complementario a las tasas fiscales de los juegos de suerte, envite y azar por la ruptura de la seguridad jurídica.

Por estas mismas razones nos parece desafortunada la STS de 22 de febrero de 2.000⁴² dictada sólo una semana antes, de la que también había sido ponente XIOL RÍOS, que resolvió el primer recurso en el que se planteaba una reclamación por ilícito legislativo. No obstante, las circunstancias de fondo que encerraba este muy peculiar asunto pudo prejuzgar en parte el senti-

⁴² Ar. 2329.

do del fallo. En efecto, en el año 1992 la policía entró en el domicilio particular del Señor Angel T.V. sin recabar ninguna autorización judicial en aplicación del controvertido artículo 21.2 de la Ley orgánica 1/1.992, de **Seguridad Ciudadana**, conocida coloquialmente como “la Ley de la patada en la puerta”. En base exclusivamente a las pruebas obtenidas en este registro domiciliario se ordenó judicialmente su ingreso preventivo en prisión y posteriormente fue condenado por la Audiencia Provincial de Sevilla a la pena de tres años de prisión menor por un delito contra la salud pública por sentencia de 18 de diciembre de ese mismo año. Casi un año más tarde el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de este precepto en su famosa sentencia 341/1993, de 18 de noviembre. Esta última circunstancia forzó al Tribunal Supremo a estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia penal en su sentencia de 10 de diciembre de 1993⁴³ y a absolver al condenado.

La sala de lo contencioso-administrativo de este mismo Tribunal tuvo que pronunciarse años más tarde en su STS de 22 de febrero de 2.000 sobre la desestimación por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad que este señor había presentado por los daños y perjuicios que le había ocasionado su privación de libertad. Según este fallo los daños sufridos por el recurrente no tenían su origen en la inconstitucionalidad del artículo 21.2 de la Ley orgánica de **Seguridad Ciudadana** que había permitido la obtención de las únicas pruebas que se habían utilizado para condenarle. La absolución se había producido por aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia al no haber obtenido el Tribunal sentenciador ninguna otra prueba que demostrara su culpabilidad. Esto le lleva al Tribunal Supremo a reconducir la reparación de los daños a la vía de responsabilidad por error judicial, puesto que

«... la causación del perjuicio injusto, si concurren los requisitos para ello, debe anudarse directamente a la sentencia condenatoria pronunciada y luego anulada, y no a la Ley de Seguridad Ciudadana, a la que sólo indirectamente puede conectarse la condena dictada, que pudo fundarse en otros medios probatorios.» (F.j. 3º)

El Tribunal Supremo retuerce su argumentación para convertir un supuesto de responsabilidad legislativa en otro de responsabilidad por un presunto error judicial. Es cierto que los Jueces y Tribunales penales tienen po-

⁴³ Ar. 9277.

testad para recabar durante la fase de instrucción múltiples medios de prueba pero no se puede ignorar que en este asunto si la validez del reiterado artículo 21.2 de la Ley orgánica de Seguridad Ciudadana hubiese sido confirmada por el Tribunal Constitucional la condena que se le impuso al recurrente hubiese sido irreprochable. Por mucho que se trate de canalizar la imputación del daño a la actuación del órgano penal resulta evidente que el perjuicio ha tenido un origen legislativo. Además, como esta actuación legislativa ilícita ha afectado al contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que garantiza el artículo 18.2 de nuestra Constitución, encaja de lleno dentro de los supuestos en los que, como hemos sostenido más arriba, procede el reconocimiento de una indemnización por ilícito legislativo⁴⁴.

Además, con estas tesis que defendemos se conjura el peligro de que la responsabilidad por leyes inconstitucionales pueda acabar degenerando en una agria disputa entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. De este modo la potestad que los Jueces y Tribunales tienen de plantear cuestiones de inconstitucionalidad puede constituir un valioso cauce de colaboración de la jurisdicción constitucional con el poder judicial en orden a averiguar la existencia de un ilícito legislativo; esto es, de una actuación u omisión legislativa contraria a la Constitución que deba ser indemnizada. La vía de la cuestión de inconstitucionalidad vendría de esta manera a jugar un papel semejante al que actualmente despliega en relación con la responsabilidad patrimonial de los Estados por violación del Derecho comunitario la cuestión prejudicial regulada en el vigente artículo 248 (antiguo 177) del Tratado de las Comunidades Europeas.

c) ¿Es necesario que el particular recurra los actos de aplicación de una ley, que más tarde es anulada por el Tribunal Constitucional, para que puedan ser indemnizados los daños que haya producido?

Otro aspecto criticable de la sentencia de 29 de febrero de 2.000 del Tribunal Supremo lo constituye el hecho de que condicione el reconocimiento

⁴⁴ Sin embargo, creemos que no son indemnizables los daños sufridos por los miembros de la mesa de Herri Batasuna cuya condena fue anulada por la STC 136/1.999, de 20 de julio. En esta sentencia el Tribunal Constitucional afirmó con rotundidad que las actuaciones por las que fueron condenados por el Tribunal Supremo, la colaboración con la banda terrorista ETA al dejar participar a algunos de sus miembros en su vídeo electoral, eran claramente delictivas. La anulación de la sentencia se basó en lo desproporcionado de la pena de 7 años de prisión mayor que establecía el Código penal para este delito por lo que no se produjo la conculcación de ninguno de los derechos que materialmente protege nuestra Constitución para todos los ciudadanos, incluso para quienes no se lo merecen.

de la indemnización a que la víctima haya agotado todos los recursos a su alcance contra la liquidación tributaria⁴⁵ que se le giró aplicando el gravamen complementario inconstitucional. No nos parece acertada la exigencia de este requisito cuando los particulares no pueden impugnar directamente las leyes sino que están obligados a cumplir sus mandatos. Por otra parte, esta doctrina jurisprudencial incentiva innecesariamente la impugnación masiva de todas aquellas actuaciones administrativas que puedan esconder la sospecha de que detrás de ellas se esconde la aplicación de una disposición legal presuntamente inconstitucional. Los particulares recurrirán *ad cautelam* hasta agotar todos los recursos posibles para prevenir en el futuro la aparición de una sentencia constitucional que declare su nulidad.

Esto explica que muy pocos meses después el propio Tribunal Supremo en la segunda sentencia que dicta en relación con este asunto, ya citada, de 13 de junio de 2000 rectificara por completo su posición inicial. En esta ocasión se daba la circunstancia de que los recurrentes se habían aquietado a la liquidación del gravamen complementario. Lo habían abonado sin interponer ningún recurso. De exigirse el agotamiento previo de todos recursos disponibles sentado en la primera sentencia el fallo debería de haber sido forzosamente desestimatorio. Sin embargo, en esta sentencia, de la que nuevamente fue ponente su magistrado XIOL RÍOS, se sostiene recogiendo las preocupaciones que hemos apuntado antes que

«...no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que 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 (artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de im-

⁴⁵ Vid. su fundamento jurídico sexto *in fine*.

pugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar todas las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable». (F.j. 8º)⁴⁶

Lo anecdótico de esta sentencia es que su ponente firma al mismo tiempo un voto particular en el que sigue defendiendo el requisito del agotamiento de los recursos existentes. Para XIOL RÍOS la responsabilidad por ilícito legislativo en realidad sería una especie de responsabilidad por error judicial que nacería cuando los Tribunales de Justicia no han cuestionado un precepto legal viciado de inconstitucionalidad cuya aplicación les ha correspondido enjuiciar.

En esta sentencia también rechazaría el Tribunal Supremo el intento del Abogado del Estado de imputar la responsabilidad a la Administración autonómica que fue la que había cobrado efectivamente el gravamen complementario. En su fundamento jurídico 9º *in fine* se razona que

«... 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 a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponda la gestión amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter.»

⁴⁶ Para despejar cualquier atisbo de duda en su tercera sentencia, de 15 de julio de 2000, (Ar. 7.423) afirma enérgicamente que

«es preciso, sin embargo, insistir en el criterio mantenido en nuestra última Sentencia de 13 de junio de 2000 (recurso 567/1998) en el sentido de que el hecho de no haberse agotado los recursos administrativos y jurisdiccionales para obtener la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de gravamen complementario no es obstáculo para considerar como anti-jurídico el daño causado y, por consiguiente, para ejercitar con éxito la acción de responsabilidad patrimonial derivada del acto inconstitucional del legislador...» (F.j. 2º)

d) *La revisión de los actos dictados en base a una ley inconstitucional*

Cuando ya parecía que se había consolidado una sólida jurisprudencia sobre la responsabilidad por ilícito legislativo el Tribunal Supremo vuelve a darle innecesariamente "una nueva vuelta de tuerca" a su razonamiento en su posterior sentencia de 15 de julio de la que fue ponente el magistrado PECES MORATE. No conforme con declarar la autonomía de la acción de responsabilidad por leyes inconstitucionales respecto de los fallos constitucionales esta sentencia se replantea la posibilidad de revisar las actuaciones administrativas firmes que hubiesen sido dictadas en base a la ley anulada. Así esta sentencia afirma que

«... cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia «*ex tunc*» o «*ex nunc*» de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.» (F.j. 3º)

Para reforzar este planteamiento acude al ámbito de la responsabilidad reglamentaria. El Tribunal Supremo recuerda

«... que la propia Ley 30/1.992, de 26 de diciembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece un procedimiento para la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho (artículo 102), y, entre las primeras el artículo 62.2 de la propia Ley incluye las que vulneren la Constitución, y aunque este precepto no predica tal nulidad de los segundos, salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (apartado q. A), es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedan afectados por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también radicalmente nulos de pleno derecho, con independencia de qué razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), correcta y debidamente apreciadas, aconsejen mantener los efectos del acto compensándolos con una adecuada reparación, según prevén los artículos 139.2 y 141.1 de la misma Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo establece expresamente el artículo 104.2 de esta Ley, con lo que, en definitiva, se viene a sustituir la lógica inherente consecuencia de la declaración de nulidad radical de un ac-

to 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.»

Se trata de una interpretación ciertamente forzada que viene a dar al traste con toda una reiterada jurisprudencia que venía manteniendo la irrevisibilidad de los actos dictados en aplicación de un reglamento ilegal, salvo que concurriera en ellos alguna de las causas, tasadas legalmente, de nulidad de pleno derecho. Tampoco existe ninguna justificación práctica. Porque como la propia sentencia apunta la reparación de los perjuicios queda garantizada por el principio de responsabilidad de los poderes públicos. En consecuencia poco o ningún futuro le auguramos a este cambio jurisprudencial.

No obstante, esta argumentación le sirve a la STS de 15 de julio de 2000 para establecer dos vías distintas con la que los propietarios de máquinas recreativas pueden lograr resarcirse de los daños que le ha podido causar el gravamen complementario inconstitucional. Por un lado,

«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 de responsabilidad patrimonial derivada del acto del legislador, dentro del plazo fijado por la ley.» (F.j. 4º)

Mientras que

«si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión del acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudada-

no descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes.»

Las posteriores SSTS de 30 de septiembre y dos de 27 de diciembre de 2.000⁴⁷ se limitan a reproducir la fundamentación de este último fallo.

e) La cuantía de la indemnización

En todas las sentencias que estamos comentando el Tribunal Supremo establece como indemnización exactamente el importe del gravamen complementario que habían abonado las empresas recurrentes. Pero esto no significa que la responsabilidad por ilícito legislativo tenga necesariamente que reducirse a una especie de devolución de ingresos públicos —en el asunto que nos ocupa tributarios aunque pueden ser de la más diversa naturaleza— indebidos. También pueden estimarse otros daños indemnizables. De hecho en los recursos interpuestos también se pretendió que se indemnizaran los perjuicios sufridos por la bajada de ingresos, por tener que dar de baja a algunas de las máquinas, o por el valor de los locales perdidos, etc..., pero estas pretensiones fueron desestimadas al no haber sido probadas durante el proceso contencioso-administrativo.

Lo que sí acepta este Tribunal en virtud del principio de plena indemnidad es que las cantidades entregadas en pago del gravamen complementario a la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite y azar se incremente con el interés legal del dinero desde la fecha en que se produjo el ingreso efectivo. Dado el tiempo que ha transcurrido, más de diez años, no será raro que el importe de los intereses rebase en muchos de estos asuntos al del propio capital.

IV. CONCLUSIONES

Después de las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 29 de febrero, de 13 de junio, de 15 de julio, de 30 de septiembre y dos de 27 de diciembre de 2.000 nadie puede ya dudar de la viabilidad de la responsabilidad por leyes inconstitucionales en el ordenamiento jurídico español. De entre todas las posiciones doctrinales existentes se ha terminado inclinando por aquella que le da una mayor extensión a la denominada responsabilidad por ilícito legislativo.

⁴⁷ Ars. 9.093, 9.575 y 9.576.

Haciendo un encomiable esfuerzo de elaboración jurídica ha ido despejando uno a uno todos los obstáculos —efectos *ex nunc*— de las sentencias constitucionales, fuerza de cosa juzgada de las sentencias de aplicación de las leyes después declaradas inconstitucionales, etc..., que atenazaban y dificultaban el reconocimiento de una indemnización por los daños derivados de la aplicación de una ley inconstitucional. De este modo el Tribunal Supremo ha afianzado de una manera que ya es irreversible la autonomía de la responsabilidad por ilícito legislativo frente al alcance de los efectos de las sentencias constitucionales. Al mismo tiempo su Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha extendido el monopolio que ya se había atribuido para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por leyes válidas a aquellas otras que tengan su origen en daños producidos por leyes inconstitucionales, siempre que las disposiciones legales sean estatales. Estas sentencias permiten hoy por hoy conocer con exactitud el régimen jurídico de la acción para obtener la reparación del ilícito legislativo señalando como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción la fecha de la publicación de la sentencia constitucional e imputando los daños al Estado o a las Comunidades Autónomas en función de la procedencia de la norma que causa la lesión patrimonial.

Con todo la jurisprudencia que nace con estas sentencias presenta algunas zonas grises que, a nuestro juicio, no van a resistir mucho el paso del tiempo. Así no está justificado que se consideren automáticamente todos los daños causados por la aplicación de una ley inconstitucional como antijurídicos y por ende indemnizables. Si se obliga al Legislador a reparar todos los daños que derivan de una ley inconstitucional esté va a ver restringido su potestad de innovar el ordenamiento jurídico en un sentido tan amplio que es incompatible con la proclamación de nuestro Estado como un Estado social. Desde una perspectiva constitucional la responsabilidad por ilícito legislativo que encuentra su fundamentación en la supremacía normativa de la Constitución respecto de las normas con rango de ley sólo comprendería la obligación de reparar las lesiones de aquellos derechos que estén materialmente protegidos por la Constitución.

Menos justificada está la modificación que se inicia con la STS de 15 de julio de 2.000 de una sólida jurisprudencia anterior que no permitía revisar los actos administrativos firmes dictados en aplicación de una disposición que después resultaba anulada. Antes de esta sentencia la anulación de la norma dejaba inalterado tales actos. Ahora se abre innecesariamente “la caja de pandora” de su revisión. Este cambio jurisprudencial, que no afecta a la posibilidad de instar la reparación de los daños que haya causado por la vía de la res-

ponsabilidad, puede generar una gran inseguridad jurídica al dar paso a la revisión de todos los actos dictados en aplicación de un reglamento ilegal como sucedería con el caso significativo de la anulación de los Planes urbanísticos.

De esta manera el Tribunal Supremo ha cerrado el círculo de la garantía de la responsabilidad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de nuestra Constitución por la parte que todavía no se encontraba totalmente cerrado. A partir de estas sentencias la responsabilidad por leyes inconstitucionales ha encontrado un espacio, aunque probablemente no sea el definitivo, junto a la responsabilidad por actuaciones u omisiones legislativas contrarias al Derecho comunitario y por leyes válidas permitiendo que la responsabilidad patrimonial traspase de forma plena los muros de los tres poderes clásicos.