

La responsabilidad patrimonial derivada de Leyes que vulneran el Derecho comunitario. Un planteamiento nuevo en la STS de 17 de septiembre de 2010

Antonio Cayón Galiardo

Catedrático de Dº Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid
Gabinete de Estudios AEDAF

I. Introducción

El Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6ª, Ponente: Lesmes Serrano, Carlos) en su sentencia de 17 de septiembre de 2010, junto con otras más, examina un caso de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario en el que modifica el criterio que venía aplicando en el sentido, ahora, de no exigir que el demandante hubiese agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de la ley.

En el caso, ante la demanda de responsabilidad patrimonial dirigida por el contribuyente, previamente denegada por el Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial al TJUE debido a que, según nuestra jurisprudencia, para reconocer el derecho a la indemnización se exigen requisitos distintos cuando se trata de leyes que han sido declaradas inconstitucionales de los que se exigen cuando se trata de normas que hubiesen infringido el Derecho comunitario.

El TJUE resolvió la cuestión declarando que. “El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas... solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de

responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”.

En resumen, como consecuencia del principio de equivalencia, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial al Estado, basadas en el Derecho comunitario, no pueden existir limitaciones que no se aplican en las reclamaciones basadas en el Derecho interno (contravención de la Constitución).

Con esta sentencia, el TS continúa el criterio que ya sustentó en la Sentencia de 11 de septiembre de 2009 en relación a la cual se ha dicho que era “el primer pronunciamiento en el que la firmeza (*de los actos o autoliquidaciones*) no es obstáculo a la devolución de un tributo contrario al Derecho comunitario” (Juan Martín Queralt “Un paso firme del Tribunal Supremo: la devolución de tributos abonados con base en una norma contraria al ordenamiento comunitario pese a la firmeza del acto de liquidación”). Es decir, en los casos de leyes internas declaradas contrarias al ordenamiento comunitario, los sujetos tienen derecho a la indemnización cuando se cumplen los requisitos exigidos al efecto por la jurisprudencia comunitaria (que la norma comunitaria tenga por objeto conferir derechos, que su violación esté suficientemente caracterizada, y que exista una relación de causalidad entre la violación y el perjuicio sufrido por el particular) sin que les sea exigible el haber agotado las vías internas de impugnación contra los actos de aplicación de la Ley declarada contraria al Derecho comunitario.

Debido al interés de la sentencia de nuestro Alto Tribunal, vamos a exponer en forma resumida la situación existente en nuestro ordenamiento en relación con las exigencias del derecho comunitario, así como los fundamentos y consecuencias de esta sentencia.

II. La responsabilidad patrimonial del Estado

Según la doctrina administrativista, hasta los años 50, en nuestro ordenamiento la responsabilidad del Estado se exigía conforme al régimen general fijado en el artículo 1.902 del Cc., pues sería con la Ley de Expropiación Forzosa cuando se inicia una regulación específica relativa al “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa”, distinta evidentemente de la indemnización propia de la causa expropiatoria. Esta regulación paso, en forma semejante, a la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado.

Estos son los antecedentes del artículo 106.2 de la Constitución Española cuando se ordena: “Los particulares en los términos establecidos por la ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de los bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Si bien, en otros de sus preceptos (art. 121) se fija en distintos términos la responsabilidad patrimonial del Poder Judicial (daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia).

A ello debemos añadir que la Ley 30/1992, ha sido la norma que ha incorporado a la legislación ordinaria aquel mandato constitucional.

Del conjunto de disposiciones antes citadas, y de la jurisprudencia de nuestros tribunales, ha surgido una doctrina que configura la responsabilidad del Estado con las siguientes características:

- Objetiva, pues no es preciso el requisito de la culpa para el surgimiento de la responsabilidad.
- La producción de un daño patrimonial efectivo, evaluable económicamente e individualizado, consecuencia directa de la actuación administrativa
- Daño antijurídico, lo que significa ahora que el daño debe ser tal que el sujeto que lo padece no debe tener obligación de soportarlo, de forma que “la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga” (STS 10 de octubre de 1997)

En relación con este último requisito, la doctrina lo vincula asimismo al principio del equitativo reparto de las cargas públicas de forma que no sea exigible a un ciudadano el que soporte un mayor daño que el soportado por otros ciudadanos y sin que venga impuesto por normativa jurídica alguna.

Pues bien, esta configuración del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de algunos autores al considerarlo “desproporcionado y disfuncional” (Rodríguez Arana “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”), proponiendo una reconstrucción del mismo con fundamento en otros sistemas jurídicos que la han delimitado más perfectamente y con consecuencias menos expansivas.

III. La responsabilidad del Estado legislador en el orden interno

A. Fundamentos normativos y jurisprudenciales de la responsabilidad del legislador

El desarrollo de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se ha efectuado por nuestros tribunales ha alcanzado a los actos legislativos en una evolución en la que, siguiendo a Martín Rebollo (“Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión”), podemos distinguir dos etapas.

En un primer momento, el tema se suscita por el Tribunal Constitucional en relación con las leyes que han supuesto efectos patrimoniales desfavorables para los particulares, declarando que, cuando se produzca una expropiación de derechos consolidados sin la correspondiente indemnización, la norma estaría contraviniendo el artículo 33 de la CE. Ahora bien, señala este autor, el TS, en sentencia de 30 de noviembre de 1992, limitaría estas consecuencias al declarar que no puede construirse una doctrina sobre la “responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Norma fundamental, ni tampoco mediante la aplicación analógica de los preceptos legales que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos” ya que ello “conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias”.

Posteriormente, la doctrina anterior se verá matizada argumentando con fundamento en el principio de la confianza legítima; en la propia Constitución y en el art. 139. 3 de la Ley 30/1992 (“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”).

Así, respecto de las disposiciones constitucionales, dice el TS “no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna” (STS 27-11-2009). Y respecto de la LRJPAC, también el TS viene a declarar que: “(el) margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantar la labor de los legisladores, pues la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 de la Constitución” (STS 26-11-2009).

Aunque son muchos los matices que podrían añadirse a lo anterior, en lo sustancial han quedado expuestos los dos aspectos básicos del tema: no existen poderes del Estado excluidos de esta responsabilidad, ni, cuando se trata del legislador, el silencio de la propia Ley en cuanto a la reparación de los daños que se pudieran causar, impide a los jueces declarar la responsabilidad que proceda.

B. Las leyes inconstitucionales y los efectos de las sentencias que lo declaran

Una vez aceptada en nuestro Derecho la responsabilidad patrimonial del legislador, hemos de ocuparnos del tema que abordamos en estas líneas: la responsabilidad patrimonial del legislador por leyes inconstitucionales.

Dadas las implicaciones que tiene este problema, principalmente referidas a la naturaleza y efectos de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de las leyes, hemos de resumirlas recordando que, en nuestro ordenamiento, en principio, la inconstitucionalidad de la Ley es sancionada con la nulidad, lo que podría conllevar “la eliminación de sus efectos con carácter retroactivo o ex tunc..... Sin embargo, el transcurso del tiempo ha demostrado que con distintas motivaciones (principios, valores o intereses generales etc...) se ha llegado a una concepción diferente de la que acabamos de señalar y a una profunda transformación de la idea de la nulidad por inconstitucionalidad que difiere en sus características y efectos de la antes apuntada.

... La desvinculación, posible, de la inconstitucionalidad respecto de la nulidad, la afirmación de que los efectos de ésta última no vienen determinados en la Ley Orgánica, que atribuye al propio Tribunal Constitucional la tarea de precisar su alcance en cada caso y el reconocimiento de la intangibilidad de las situaciones dotadas de firmeza, supuso la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del germen de la denominada eficacia “pro futuro” del fallo que declara la inconstitucionalidad de una ley, sin que ello suponga que desconocemos la posible existencia de relaciones jurídicas no firmes, a las que si afectará la declaración de inconstitucionalidad...” (Voto particular que formuló D. Manuel Martín Timón, en relación a la STS de 2-6-2010)

Ello en virtud de la interpretación que se hace del art. 39.1 de la Ley Orgánica del TC al disponer que, cuando la sentencia del TC declare la inconstitucionalidad, “declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados”, y que, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley, “no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada” en los que se hayan aplicado las leyes en cuestión.

Ahora bien, esta última cuestión, la relativa a los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley, es asimismo extremadamente amplia dado el debate doctrinal que ha suscitado, aunque en lo que ahora nos interesa, podemos limitarnos al examen de algunos casos especialmente problemáticos, como es de los supuestos en que los particulares hubiesen recurrido los actos de aplicación de la Ley declarada inconstitucional sin haber obtenido una sentencia favorable, problema respecto del cual el TS ha considerado que debía respetarse el valor de “cosa juzgada” (STS de 29 de febrero de 2000); y el de los casos en que la sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno respecto de sus efectos retroactivos, situación esta en la que, según vimos, “corresponde a los Jueces y Tribunales ante los que se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad, aplicando las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser ellos quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad (STS de 2 de junio de 2010, Fto. Jur. 5).

A estos efectos, con la excepción referente a los procesos penales o contencioso- administrativos de revisión de resoluciones sancionadoras en los que la inaplicación de la norma inconstitucional determine un efecto beneficioso, los tribunales deberán respetar los procesos fenecidos al tiempo de dictarse la sentencia declarativa de inconstitucionalidad.

Y es precisamente en estos casos, así como en los casos en los que los actos de aplicación de la Ley declarada inconstitucional hayan devenido firmes y consentidos, donde se abre la cuestión de la posible responsabilidad patrimonial del legislador.

C. La responsabilidad patrimonial por la inconstitucionalidad de la Ley

A este efecto podemos partir de la STS de 26 de diciembre de 1998 (recurso de casación en interés de la ley) donde se decía, con fundamento en la competencia que se atribuyen los tribunales en los casos en que la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno sobre sus efectos, que, tanto quienes han pagado el gravamen y, tras su impugnación, han obtenido una sentencia firme, como los que hubieran pagado y no hubieran recurrido, ambos disponen de la vía de la responsabilidad para resarcirse (Naturalmente que, en los restantes casos, actos no firmes, la resolución que haya de adoptarse no podrá aplicar una norma declarada nula y contraria a la Constitución).

En el primer caso, porque “la sentencia dictada al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada que, en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de los que dispuso... La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado

por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional” (STS de 29 de febrero de 2000).

Y, respecto de los que hubieran pagado y no hubieran recurrido, porque “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 de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes” (STS 26 de diciembre de 1998).

Hemos de resaltar el interés de este último argumento del TS por medio del cual, no puede exigirse 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, y es que, a juicio del Alto Tribunal, en nuestro ordenamiento, 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 de la impugnación de una actuación administrativa, por lo que se les impondría la necesidad de impugnar todos los actos de aplicación de la Ley, considerada inconstitucional, primero en vía administrativa y después ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que supondría una “situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable”.

Ahora bien, sentada la anterior doctrina, era todavía preciso superar dos inconvenientes o cuestiones que podrían suscitar dudas sobre su eficacia y que se encuentran estrechamente relacionadas. La primera, de especial interés en materia tributaria, consiste en la eventual objeción sobre la prescripción del derecho a reclamar los ingresos indebidos; y la segunda, sobre la misma posibilidad de obtener una indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial, ya que podría considerarse como un medio indirecto para reabrir el enjuiciamiento de actos que no fueron impugnados en sus plazos o que ya fueron objeto de una sentencia firme. A este efecto, nuestra jurisprudencia ha entendido que, la reclamación dirigida a obtener una indemnización por el cauce de la responsabilidad patrimonial, es ajena a los actos dictados en su día por la Administración, ya que no pretende la nulidad de las liquidaciones tributarias ni la devolución de ingresos indebidos, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa, en cuyo régimen aplicable rige el plazo de prescripción de un año a contar desde que se conozca la sentencia como término dentro del cual debe ejercerse la correspondiente acción.

D. La crítica y el intento de revisión de esta doctrina

Ya hemos advertido más arriba que no son pocos los autores que han criticado la doctrina que acabamos de resumir en los epígrafes anteriores (en particular E. García de Enterría “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español”), por lo que ahora hemos de advertir que entre los magistrados del propio TS existen también opiniones discrepantes. Muchas de ellas se han expuesto recientemente en la sentencia de 2 de junio de 2010 (Rec. 588/2008), en forma de votos particulares cuyos principales contenidos vamos a resumir dado que, como veremos, consideramos son de especial interés (B. Sesma Sánchez “La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho comunitario (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010)”).

Los motivos que argumentan en sus votos particulares para denegar la responsabilidad patrimonial en el caso enjuiciado son muy diversos por lo que procedemos a reagruparlos en varios apartados.

Así, respecto de la firmeza del acto consentido como causa que no excluye la exigencia de responsabilidad patrimonial, el voto que expresa el magistrado Manuel Martín Timón (al que se adhiere Emilio Frías Ponce), viene a señalar que “el obstáculo del respeto a las situaciones consolidadas al que acabo de referirme se trata de salvar limpiamente mediante la afirmación de que lo que ahora se contempla es una acción de responsabilidad formulada por el afectado contra quien no fue parte en el proceso”. Es decir, “lo que no concede el Tribunal Constitucional, que aplica como límite a la declaración de inconstitucionalidad el contenido del artículo 40 de la LOTC, se obtiene por vía de acción de responsabilidad del legislador. Y del mismo modo, a esta última se le reconoce una retroactividad que de ninguna manera admiten los artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional respecto de situaciones consolidadas”.

En este mismo sentido también se expresa en otro voto particular Luís María Díez-Picazo (al que se adhieren Ángel Agüallo Avilés y María Isabel Perelló Doménech), afirmando: “...el argumento en que se apoya el parecer mayoritario es que la acción de responsabilidad por daños derivados de la aplicación de una norma inconstitucional es una acción distinta de la ejercitada en el proceso en que se aplicó la norma luego declarada inconstitucional y, por tanto, no opera la cosa juzgada material...”.

... Obsérvese que el art. 40.1 LOTC sería seguramente inútil o, cuanto menos, redundante si su finalidad fuera asegurar el juego de la cosa juzgada material: las leyes procesales ordinarias, que habrían de seguirse para iniciar un nuevo proceso con idénticos sujetos, objeto y causa de pedir, ya protegen la cosa juzgada material..... No se trata tanto de evitar que una declaración de inconstitucionalidad conduzca a reproponer un proceso con idénticos sujetos, objeto y causa de pedir, como de impedir que las situaciones que han alcanzado firmeza puedan ser reconsideradas, aunque sea de manera indirecta o subrepticia. Lo resuelto en virtud de la norma inconstitucional resuelto queda, sin que quepa tratar de rectificarlo por otras vías, como es la de otorgar como indemnización lo que no se pudo otorgar por la causa de pedir utilizada en el proceso fenecido”.

Por otra parte, otra discrepancia, a la que se adhiere un buen número de magistrados, con el voto mayoritario de la Sala, consiste en la advertir sobre la necesidad de modular en cada caso la responsabilidad que se declara. Así, los magistrados Manuel Campos Sánchez-Bordona y Pablo Lucas Murillo consideran que “No debería ser igual, desde este punto de vista, que una norma legal de carácter tributario sea anulada por confiscatoria que por haber sido indebidamente incluida en la Ley de Presupuestos”, entendiendo como de especial gravedad los casos en que “el contenido material del precepto con rango de ley sea contrario, desde el punto de vista constitucional, a los derechos de los ciudadanos y les haya causado un perjuicio patrimonial efectivo”. Otros magistrados inciden en este mismo sentido destacando en cada caso los aspectos de la inconstitucionalidad que consideran más relevantes y por tanto merecedores de motivar una declaración de responsabilidad patrimonial por acto legislativo.

Finalmente, no falta una opinión (L. Díez-Picazo; A. Agüallo y M. Isabel Perelló) que rechaza de plano la posibilidad de exigir alguna responsabilidad al legislador pues, de una parte, consideran que “... en línea de principio, existe un deber jurídico de soportar las leyes inconstitucionales” y que la doctrina mayoritaria “aplica a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales, sin ninguna matización,

el esquema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Ello supone caer en una especie de <administrativización> de la ley”, porque “Salvo supuestos excepcionales de violación frontal de una norma constitucional, el juicio sobre la validez de la ley consiste en una delicada ponderación entre distintos valores o bienes jurídicos, cuyo resultado es, por ello mismo, altamente imprevisible”.

IV. La responsabilidad patrimonial en el Derecho comunitario

El propio TS en la sentencia de 17 de septiembre de 2010, de la que nos ocupamos en este trabajo nos resume la situación en este otro ámbito jurídico diciendo que “... ha sido el propio Tribunal de Justicia, a partir de su sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifachi, el que ha establecido el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario, al indicar <que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputable> , principio que se fundamenta en el hecho de que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un Estado miembro.”

Tal responsabilidad es exigible con independencia del órgano autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional, lo que lo que en el ámbito tributario se traduce en el derecho a la devolución de las cantidades ingresadas de acuerdo con la normativa interna incompatible con el Ordenamiento comunitario.

Por su parte, y del mismo modo que se argumentaba en el orden interno español, también se resuelve la cuestión de los efectos de las sentencias en relación con la “cosa juzgada” sosteniendo que “Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, 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 “ (STJCE de 30 de septiembre de 2003. C-224/2001).

Sentados los fundamentos en que se asienta la responsabilidad del legislador interno por violación del ordenamiento comunitario, hemos de añadir que, también por obra de la doctrina del TJUE, los particulares perjudicados solo tienen derecho a indemnización cuando se cumplen los tres requisitos siguientes: que la norma de derecho de la unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares.

Estos tres requisitos, que se corresponden básicamente con los deducidos por el Tribunal del art. 215 del Tratado en relación a la responsabilidad de la Comunidad por daños causados a particulares debido a actos normativos ilegales de sus instituciones, han sido objeto de una amplia jurisprudencia que ha delimitado el contenido y alcance de cada uno, al efecto de que los Tribunales nacionales, a través de los procedimientos internos, determinen si procede o no resarcir a los particulares afectados por la vulneración

del Derecho comunitario, debiendo respetarse que, cuando una sentencia del TJCE declare la violación del Derecho comunitario por alguna norma interna, la regla general es que estas sentencias tengan eficacia retroactiva o *ex tunc*, siendo la excepción que el propio Tribunal limite, por motivos de seguridad jurídica, los efectos en el tiempo.

Ahora bien, dado que, según hemos afirmado, ha de ser el juez interno quien, a través de los procedimientos fijados en su ordenamiento, determine si procede o no resarcir a los particulares afectados por la vulneración del Derecho comunitario, nos encontramos ante una remisión a los ordenamientos nacionales, lo que conduce a que la regulación que se aplique en estos casos –infracción del ordenamiento comunitario– no sea menos favorable que la aplicada a casos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni, por otra parte, que la normativa interna haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

Así, en el ámbito tributario español, R. Falcón y J. Almudí (“El Derecho Fiscal Europeo”) en relación con la devolución de impuestos pagados en aplicación de una norma contraria al Derecho comunitario, consideran que el régimen establecido en nuestro ordenamiento, como regla general, se encontraría dentro de los márgenes en que según el TJUE debe resarcirse a los particulares, destacando que la devolución que pudieran instar los contribuyentes “no puede condicionarse a la exigencia de haber solicitado la misma o interpuesto recurso con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal de Justicia”, aunque tal petición pudiera rechazarse por haber prescrito el derecho a la misma o por existir una sentencia firme, pero nunca sobre la base de la firmeza de la propia liquidación tributaria.

V. La doctrina fijada por el Tribunal Supremo en septiembre de 2010

La doctrina del TS, anterior a 2010, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario se basa en lo declarado en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005. En ellas se establecían cuatro requisitos a estos efectos (J. R. Rodríguez Carbajo “La rectificación por el TS de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario”): que la norma de derecho de la Unión Europea violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que la violación de esta norma esté < suficientemente caracterizada >; y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares, añadiéndose a ello la exigencia de que “la víctima del daño no hubiese consentido el acto administrativo causante del mismo, sino que hubiese recurrido el mismo en vía administrativa y jurisdiccional”.

En este contexto se va a dictar la sentencia de 17 de septiembre de 2010 (Sala 3ª, Sec. 6ª, Rec. 153/2007 Ponente: Lesmes Serrano, Carlos) con cuya referencia comenzábamos estas líneas.

En el caso, tras la publicación (6 de octubre de 2005) de la STJCE, asunto C-204/03, la entidad contribuyente tuvo conocimiento de la incompatibilidad de la Directiva 77/388/CEE con determinados artículos de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido que le habían sido aplicados (limitaciones al derecho de deducción) sin que las liquidaciones tributarias dictadas fueran recurridas en su momento. Ante tales circunstancias formuló una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de acto del legislador al

Consejo de Ministros, por la incorrecta transposición de dicha Directiva, solicitando ser indemnizado a los efectos de resarcir los perjuicios económicos.

Denegada esta petición por el Consejo de Ministros planteó su petición ante el TS solicitando el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE, a lo que accedió el TS (Auto de 1 de febrero de 2008).

La cuestión controvertida venía dada porque en la resolución denegatoria dictada por el Consejo de Ministros (Acuerdo de 12 de enero de 2007) se habían esgrimido argumentos que la entidad contribuyente consideraba no ajustados al ordenamiento comunitario. En particular, se debatía sobre varias cuestiones en la forma que pasamos a resumir.

En primer lugar sobre la existencia de una infracción del ordenamiento comunitario < suficientemente caracterizada >. Respecto de esta cuestión, el TS declara, siguiendo al TJUE, la necesidad de distinguir entre aquellos supuestos en que el Estado miembro goza de un margen de apreciación más o menos amplio y aquellos otros en que se le impone una obligación para cuyo cumplimiento no goza de ninguna discrecionalidad. A este efecto el TS se detiene en la argumentación del Tribunal de Justicia relativa a la deducción en el IVA donde señala, en lo esencial, que “... toda limitación del derecho a deducción incide en el nivel de la carga fiscal y debe aplicarse de manera similar en todos los Estados miembros. Por ello, sólo se permiten excepciones en los casos previstos expresamente por la Sexta Directiva...”

Ante la reiteración de esta doctrina, el TS resuelve “estimar concurrente este requisito de vulneración suficientemente caracterizada, pues los pronunciamientos del Tribunal dejan pocas opciones para justificar la postura del Estado, al señalar que en este caso no existía incertidumbre en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión”.

En segundo lugar, y esta es la cuestión principal que ahora nos interesa, se planteó el debate sobre la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial dado que la petición se dirigía contra actos no susceptibles de revisión, dado que la parte no accionó contra las liquidaciones tributarias practicadas dejándolas firmes y consentidas.

En relación a esta cuestión, el Consejo de Ministros aplicó el criterio de las SSTs de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 en las que esta situación se consideraba que rompía el nexo causal entre el daño patrimonial invocado y el acto del legislador. Criterio que había seguido la Administración Española en su Resolución 2/2005, de 14 de noviembre, de la Dirección General de Tributos, sobre la incidencia en el derecho a la deducción en el Impuesto sobre el Valor Añadido de la percepción de subvenciones no vinculadas al precio de las operaciones, en la que había establecido que, en los “supuestos en los que se ha dictado una liquidación administrativa provisional o definitiva y ésta ha devenido firme..... no podrá procederse a la devolución de ingresos indebidos por aplicación del artículo 221.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”.

Ante esta situación la entidad demandante instó al TS el planteamiento de una cuestión prejudicial a los efectos de que el TJCE se pronuncie sobre si el “principio de equivalencia”, es compatible con la anterior doctrina jurisprudencial de la que se deduce una diferencia de trato entre los supuestos de infracción del Derecho Comunitario y los de inconstitucionalidad a los solos efectos de negar la existencia de

responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho Comunitario, lo que se tradujo en la cuestión planteada por el TS ante el Tribunal de Justicia para que se pronunciase sobre la posible contravención de los principios de equivalencia y efectividad.

A ello respondió el Tribunal de Justicia (Gran Sala), en Sentencia de 26 de enero de 2010, que: “El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”.

A la luz de la respuesta a la cuestión prejudicial, el TS viene a modificar su anterior doctrina con el siguiente razonamiento (FJ 9º).

“... la cuestión prejudicial planteada ... no versó sobre la interpretación de una norma concreta sino sobre el alcance de determinados principios estructurales del sistema jurídico comunitario como son los principios de equivalencia y efectividad en la medida en que la Sala apreciaba distinto trato en su propia jurisprudencia a las pretensiones de responsabilidad patrimonial de Estado legislador cuando la reclamación se fundaba en los perjuicios derivados de un acto firme dictado en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional respecto de aquellos otros actos firmes que se dictaron en aplicación de normas de rango legal respecto de las que el TJCE declaró posteriormente que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho Comunitario...”

La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo... sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, ...

Con ello, se viene a dar, resumimos, un “giro importante en relación con nuestra jurisprudencia interna, que venía exigiendo el agotamiento de las vías de recurso administrativas y judiciales internas contra el acto lesivo como requisito para poder acceder a una reclamación de responsabilidad patrimonial basada en la infracción del Derecho comunitario” (Yolanda Martínez Muñoz “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010”).

Sentado lo anterior puede afirmarse que no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por parte de TRANSPORTES URBANOS Y SERVICIOS GENERALES, S.A.L. el hecho de que no impugnara las liquidaciones tributarias relativas al IVA en las que se había aplicado la regla de prorata posteriormente declarada contraria al Derecho Comunitario por la STJCE de 6 de octubre de 2005.”

Una vez eliminada la duda sobre la incompatibilidad de su anterior doctrina con el sentido que debe atribuirse al ordenamiento comunitario, el TS constata que, en el caso, se han cumplido todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial, pues la norma jurídica vulnerada -Sexta Directiva- confería a los particulares el derecho a la deducción de IVA soportado sin más excepciones o limitaciones que las establecidas en ella; que tal infracción era suficientemente caracterizada; y que existía una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular, sin que tal relación de causalidad pudiera entenderse rota por el hecho del que el reclamante no agotara los recursos administrativos o judiciales frente a la liquidación tributaria practicada.

VI. Conclusiones

Hemos señalado que la doctrina ha venido criticando la extensión desproporcionada que se daba en nuestro ordenamiento a la figura de la responsabilidad patrimonial del legislador, por lo que es legítimo pensar que esta crítica se incrementará respecto de los criterios fijados en las nuevas sentencias del TS (septiembre de 2010) ya que vienen a ampliar la anterior “generosidad” con que se abordaba la cuestión respecto de las soluciones elaboradas en otros Estados de nuestro entorno.

Por nuestra parte, creemos que lo más probable es que las cosas no discurren por ese cauce sino que nuestro TS se plantee reconsiderar su doctrina en relación con los efectos de la sentencias del TC declarando la inconstitucionalidad de las leyes. De este modo, en virtud de los principios de equivalencia y efectividad, se revisará también la doctrina aplicable a los efectos de las sentencias del TJUE que declaren la vulneración del Derecho comunitario. Necesariamente esta previsible revisión habrá de ajustarse a una serie de pautas que ya vienen señalando varios autores.

En primer lugar, es necesario que, en cualquier caso, una nueva doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del legislador se ajuste enteramente a los criterios fijados en la jurisprudencia del TJUE, con la finalidad de aplicar estos criterios tanto en relación con los efectos de las leyes contrarias al derecho comunitario como en relación con las que sean declaradas inconstitucionales (En este sentido, López Carbajo).

Dentro de estos márgenes, es previsible que la nueva doctrina, en cuya elaboración ha de participar el TC, tome en consideración los criterios expresados por los magistrados en los votos discrepantes de la sentencia de 2 junio de 2010, cuyo resumen hemos ofrecido anteriormente. Especialmente, los que defienden la necesidad de diferenciar los casos en que la infracción de la constitución sea formal o material, así como tomar en consideración la intensidad de la infracción constitucional, criterio este que podría coincidir con la “violación suficientemente caracterizada” del Derecho comunitario.

Finalmente, es posible que haya de revisarse nuestro ordenamiento para limitar los efectos de las sentencias en los casos en que los contribuyentes hubiesen consentido los actos de aplicación sin impugnarlos a través del oportuno sistema de recursos, ya que la jurisprudencia del TJUE ha sido sensible al principio de seguridad jurídica para distinguir los casos en que los interesados no han recurrido los actos de aplicación de leyes contrarias al Derecho comunitario, de aquellos otros que sí lo hicieron aunque sus pretensiones no fueran estimadas (Begoña Sesma).

No se trata de propugnar “un paso atrás” en el estado de la cuestión, sino de repensar una doctrina que, además de suscitar dudas sobre su justificación en muchos casos, desconoce el coste económico que puede tener en el futuro, dato este que ha de sopesarse en relación con el coste que, para los contribuyentes, también ha supuesto la aplicación de una ley cuya validez ha sido objeto de un pronunciamiento negativo.

