



Roj: **STS 3898/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3898**

Id Cendoj: **28079130012010100043**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2010**

Nº de Recurso: **588/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil diez.

**VISTO** por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Fermín , representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Isabel Cañedo Vega, sobre Reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración por los perjuicios causados al demandante como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo declarado inconstitucional por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 68/2007, de 28 de marzo de 2007.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de noviembre de 2008, la representación procesal de D. Fermín interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto de denegación por silencio negativo de la solicitud efectuada el 19 de marzo de 2008 ante el Consejo de Ministros por reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados al demandante como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección de desempleo y la mejora de la ocupabilidad declarado inconstitucional, formalizando demanda en la que termina suplicando a la Sala que "...se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración condenándose a la misma al abono de la cantidad total de 9.039,76€ (nueve mil treinta y nueve euros con setenta y seis céntimos)".

**SEGUNDO.-** La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO formuló contestación a la demanda interpuesta y súplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia por la que se desestime el recurso e imponga las costas al recurrente".

**TERCERO.-** Por providencia de fecha 27 de octubre de 2009, dada la trascendencia de la cuestión que ha de resolverse en este recurso, se dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo, acordando someter a la consideración del Excmo. Sr. Presidente de esta Sala si la misma ha de ser votada y fallada por el Pleno de la Sala.

**CUARTO.-** En fecha 23 de noviembre de 2009 acordó el Excmo. Sr. Presidente de la Sala en uso de las facultades que le otorga el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , someter el conocimiento del presente recurso contencioso- administrativo al Pleno, señalándose el día 15 de abril de 2010 para la votación y fallo de este recurso.

**QUINTO.-** No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez,



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Impugna el actor la resolución desestimatoria presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial que formuló ante el Consejo de Ministros el día 19 de marzo de 2008 por el menoscabo económico que le produjo la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, declarado inconstitucional y nulo por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 68/2007, de 28 de marzo.

**SEGUNDO.-** El supuesto que aquí enjuiciamos puede ser descrito en los siguientes términos:

A) El art. 2.Tres del citado Real Decreto-ley (RDL, en lo sucesivo) modificó los apartados 1 y 2 del art. 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), disponiendo, en lo que importa para el supuesto que describimos, que declarado improcedente el despido y elegida por el empresario la opción de extinción del contrato de trabajo con abono de una indemnización, ésta consistiría en una cantidad de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

Dicho de otra forma que resalte lo que está en el origen del litigio que nos ocupa: Esa modificación del RDL suprimió uno de los dos sumandos que en la redacción anterior de aquel art. 56 integraban la cantidad que el trabajador despedido improcedentemente había de percibir cuando el empresario optaba por la extinción del contrato y no por la readmisión. En concreto, suprimió el consistente en " *una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación* ".

B) Como dijimos, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 68/2007, de 28 de marzo, declaró inconstitucional y nulo el RDL. Consideró de entrada que por haber sido derogado éste por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y por haber modificado ésta sustancialmente la regulación material de las instituciones jurídicas contempladas en aquél, precisamente en aquellos aspectos de las mismas afectados por las dudas de inconstitucionalidad planteadas, éstas, y entre ellas la referida a aquel art. 2.Tres, quedaban sin objeto. Entendió, por tanto, que únicamente había de analizar la cuestión relativa a si el RDL en su conjunto había vulnerado el art. 86.1 de la Constitución (CE), por haberse dictado sin que concurriera el presupuesto habilitante de que el Gobierno atendiera con él a un "caso de extraordinaria y urgente necesidad". Y respondió afirmativamente a esta cuestión, limitándose su fallo, sin más adición o añadido sobre sus efectos, a " *declarar inconstitucional y nulo el citado Real Decreto-ley, por vulneración del art. 86.1 CE* ".

C) Convalidado el RDL mediante el procedimiento a que se refiere el art. 86.2 CE, se tramitó además como proyecto de ley (art. 86.3), dando lugar a aquella Ley 45/2002, de 12 de diciembre, titulada también de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad.

Ésta *deroga* de modo expreso el RDL. *Reintroduce* en el art. 56 LET aquel sumando suprimido, esto es, la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario opta por la extinción de la relación laboral. E incluye en su Disposición transitoria primera la siguiente norma: " *las extinciones de contratos producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en lo que se refiere a sus aspectos sustantivo y procesal, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones* ".

D) El actor fue despedido con efectos desde el día 15.08.2002, siendo su salario diario, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, de 67,69 euros. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona de 18.11.2002, confirmada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22.01.2004 al desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, declaró la improcedencia de aquel despido, fijando como única cantidad a percibir por el trabajador si el empresario optaba, como optó, por la extinción, y precisamente por haberse producido el despido después de la entrada en vigor del RDL (fundamento jurídico quinto), la de 6.092,10 euros, resultante de computar 45 días de salario y dos años de antigüedad. Y

E) Aquél pretende en este recurso contencioso-administrativo la anulación de aquella resolución desestimatoria presunta y la condena de la Administración del Estado a que le abone la cantidad de 7.039,76 euros, resultante de multiplicar 67,69 euros de salario diario por los 104 días que mediaron, sin que prestara servicios para otro empresario, entre el 16.08.2002 (día siguiente al de los efectos del despido) y el 27.11.2002 (fecha de la notificación de aquella sentencia). Pretendiendo también la condena de aquélla al abono de la cantidad de 2.000 euros en concepto de honorarios profesionales, a los que dice deberá hacer frente por la tramitación de la reclamación.



**TERCERO.-** La Administración demandada no llega a afirmar en su escrito de contestación que los hechos expresados en la demanda no se correspondan con los realmente acaecidos. Su oposición a esas pretensiones se sustenta, así, en motivos o razones de estricto carácter jurídico, dirigidos en suma a negar que en un supuesto como el descrito quepa declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Por ello, es oportuno traer a colación ahora y como punto de partida unas consideraciones jurídicas de carácter general y de principio sobre la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos que esta misma Sala Tercera en Pleno expresó en dos recientes sentencias: las de fechas 26 y 27 de noviembre de 2009, dictadas respectivamente en los recursos números 585/2008 y 603/2007, que enjuiciaron una pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional, la primera, y otra de igual género por el funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo, la segunda.

Así, en la de 27-11-2009, preguntándonos " *si el Defensor del Pueblo puede ser centro de imputación de la responsabilidad del Estado, de modo que este último deba resarcir a los ciudadanos que sufran alguna lesión antijurídica por el funcionamiento de los servicios de aquel comisionado parlamentario* ", respondimos afirmativamente, razonando en estos términos en su fundamento de derecho cuarto:

"[...] El artículo 9.3 de nuestra Carta Magna positiviza al máximo nivel un conjunto de principios generales del derecho, entre los que se cuenta el de responsabilidad de los poderes públicos, de valor normativo directo y, por consiguiente, con virtualidad inmediata, en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos cumple la triple función de **(a)** expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, **(b)** servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como **(c)** operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal.

El juego de esas tres funcionalidades autoriza a afirmar que 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. No sólo por las actuaciones del poder ejecutivo (artículo 106.2 de la Constitución), sino también por las del judicial (artículo 121 ) y las del legislativo [sentencias del Pleno de esta Sala de 25 de septiembre (recurso 144/86, FJ 4º), 7 de octubre (recurso 142/86, FJ 4º) y 19 de noviembre de 1987, (recurso 141/86, FFJJ 7º y 8º ) entre otras], alcanzando a todo órgano constitucional, incluido el máximo intérprete de la Norma Fundamental, según resolvemos en el día de hoy en la sentencia dictada en el recurso de casación (sic) 585/08 . Las únicas excepciones son las que la propia Constitución contempla (v.gr.: la persona del Rey -artículo 64.2 -) y aquellas otras que puedan prever las leyes que la desarrollan.

Ciertamente, la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción, en atención al poder público del que se predique. No puede recibir el mismo tratamiento la responsabilidad de unas organizaciones serviciales, sometidas plenamente a la ley y al derecho (artículo 103.1 de la Constitución), como son las Administraciones públicas, que la que pueda emanar de los actos de los poderes legislativos, que representan directamente al pueblo y, por lo tanto, esencialmente soberanos (artículo 66 de la Constitución), con una gran libertad de configuración, sin más límites que la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía; de igual modo, ha de responder a pautas propias el diseño de la responsabilidad de un poder disperso como el judicial, sustentado en la independencia de sus miembros para garantía de los justiciables y en su exclusivo y total sometimiento a la ley, empezando por la primera de ellas, la Constitución (artículo 117.1 de la misma), y que constituye un pilar central en la realización de la seguridad jurídica, consagrado también como principio constitucional en el artículo 9.3 de la Carta Magna.

En un ámbito distinto, pero muy cercano, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha proclamado la responsabilidad de los Estados miembros por los daños que causen a sus ciudadanos al incumplir sus compromisos comunitarios con independencia del poder interno causante de la lesión, si bien ha modulado su exigibilidad en función de la posición de la fuente del daño en el entramado institucional interno [sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* (asuntos C-6/90 y C-9/90, apartados 31 y siguientes), 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (asuntos 46/93 y 48/93, apartados 37 y siguientes) y 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (asunto C-224/01, apartados 30 y siguientes)].

Ahora bien, aquel 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".

Y en la de 26-11-2009, preguntándonos " *si el principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos que proclama y garantiza el artículo 9.3 CE alcanza o no al Tribunal Constitucional, por no haber sido desarrollado por el legislador ordinario este precepto en cuanto a dicho Tribunal y no resultar de aplicación lo dispuesto en el Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al no estar integrado el Tribunal Constitucional entre los órganos de la Administración de Justicia a que se refieren los preceptos contenidos en ese título "* , respondimos en el mismo sentido afirmativo con razonamientos similares a los que acabamos de transcribir, añadiendo en el penúltimo párrafo de su fundamento de derecho quinto lo siguiente:

"[...] Esta Sala ha declarado en alguna ocasión (sentencia de 30 de noviembre de 1992 , entre otras) que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos reconocido en el artículo 9.3 CE . Sin embargo, en otras (sentencias de 15, 25, 30 de septiembre, 7 de octubre, y 17 y 19 de noviembre de 1987 ) ha declarado que "consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización". Por otra parte, aun sin citar expresamente el artículo 9.3 CE esta Sala ha declarado repetidamente y con diferentes matices según las circunstancias del caso, que la Administración del Estado es responsable por los daños sufridos por los particulares por actos de aplicación de leyes declaradas después inconstitucionales".

Este último supuesto, que es el de autos, en el que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador es esa posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio cuya reparación se pretende, ha dado lugar a una reiterada, conocida y muy controvertida jurisprudencia, que se inicia con las sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, dictadas respectivamente en los recursos números 49/1998, 567/1998 y 736/1997 , y que continúa con otras numerosísimas, de ese y de todos y cada uno de los años siguientes. Así, la última en que se refleja es, salvo error u omisión, la de fecha 17 de noviembre de 2009, dictada en el recurso núm. 448/2008.

Pese a ello, la preocupación existente acerca de la procedencia de mantener o no algunos de los pilares básicos de esa jurisprudencia, de la que ya dio cuenta el voto particular emitido en la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de fecha 5 de marzo de 2008 (recurso núm. 22/2007 ), que nace no sólo por la seria controversia doctrinal sobre ella, sino también por el muy fundado voto particular que de modo regular suele acompañar a aquellas sentencias desde la de fecha 21 de junio de 2004 (recurso núm. 283/2002 ), aconsejó de nuevo atribuir el conocimiento de este asunto a dicho Pleno.

**CUARTO.-** Analizando metódicamente aquellos motivos o razones que la Administración demandada esgrime en su escrito de contestación, el primero de ellos, que es también el que expresa en el primero de los fundamentos jurídicos de dicho escrito, invoca el art. 139.3 de la Ley 30/1992 , sosteniendo que según su inciso final la responsabilidad patrimonial del Estado legislador sólo puede apreciarse " *cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos "* .

Sin embargo, alumbrada, según dijimos al transcribir algunos razonamientos jurídicos de aquellas sentencias del Pleno de fechas 26 y 27 de noviembre de 2009 , la posibilidad jurídico-constitucional de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos sin excepción alguna, o sin más excepción que las que expresamente pueda prever el Ordenamiento; e incluida por tanto en el ámbito de esa posibilidad la del propio poder legislativo, cuyo fundamento específico y singular, capaz de superar el obstáculo derivado de la tradicional concepción de la ley como producto de un poder soberano, es la inserción de ésta en un ordenamiento que queda regido por encima de ella por una norma "más fuerte" que vincula a todos los poderes públicos y, por ende, al legislador mismo, desaparece en buena lógica, al menos como presupuesto o exigencia ineludible a la que hubiera de quedar subordinada en todo caso aquella posibilidad jurídica, la de su previa previsión y aceptación en la propia ley.

Amén de ello, y centrándonos en un supuesto como el que ahora nos ocupa, aquella condición o presupuesto que exige el tenor literal de aquel inciso final del art. 139.3 no es aplicable ni entra en juego cuando la hipotética lesión tiene su origen en la aplicación de leyes o normas con fuerza de ley declaradas inconstitucionales, como es el caso.





Es así, porque la interpretación de las normas jurídicas no permite que al indagar sobre su sentido alcance el intérprete una conclusión absurda o ilógica. Y lo sería, en la que ahora nos ocupa, una que no restringiera la aplicación de aquel inciso a los actos legislativos constitucionales y la extendiera también a los inconstitucionales, pues esta interpretación supondría tanto como supeditar la reparación del hipotético perjuicio derivado de la inconstitucionalidad de la ley aplicada, a una previsión que en sí misma es absurda e incluso imposible: la del propio legislador de prever que la ley que aprueba puede ser contraria a la Constitución y de que por ello, por si lo fuera, ha de plantearse si incluye o no en ella una decisión como la reflejada en aquel inciso final.

Esta conclusión, de inaplicación de ese inciso para los supuestos de acciones de responsabilidad patrimonial sustentadas en el perjuicio irrogado por la aplicación de una ley inconstitucional, es la que está presente, incluso de un modo explícito, en aquella jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que refiriéndose al mandato de reparar un perjuicio como ese, repite con reiteración, en lo que ahora nos ocupa, que ese mandato -o lo que es igual, la inclusión en el acto legislativo de una previsión como aquella que expresa aquel inciso- "*no podía ser establecido a priori en su texto*" (en el de la ley inconstitucional). En este sentido, pueden verse entre otras muchas las sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 19 de diciembre de 2000 (recursos números 49, 567 y 445 de 1998), o las de 16 y 30 de enero, 13 de febrero y 13 y 27 de marzo de 2001 (recursos 548, 444, 552, 554 y 443 de 1998), etc., etc.

Procede, pues, rechazar aquel primer motivo o razón de oposición.

**QUINTO.-** Siguiendo el análisis metódico que creemos oportuno, debemos centrar ahora la atención en el fundamento jurídico cuarto, que también es el último, de aquel escrito de contestación a la demanda. Y más en concreto, en una de sus varias afirmaciones: la que dice literalmente que "*mientras otra cosa no se establezca -y aquí no ha ocurrido- los fallos de inconstitucionalidad tienen eficacia prospectiva o ex nunc*".

Tal afirmación, en sí misma, por sí sola, sin ponerla en relación por tanto con algunas normas que sí ponen determinados límites a una plena eficacia retroactiva de esos fallos de inconstitucionalidad, equivale tanto como a decir que la ley o norma con fuerza de ley declarada inconstitucional rige los efectos consumados o agotados antes de esa declaración nacidos o derivados de situaciones o relaciones jurídicas que surgieron mientras estuvo vigente, o antes incluso de que lo estuviera. Así entendida, es una afirmación que carece de todo sustento en nuestro ordenamiento jurídico. En éste, la contravención de una norma jurídica de superior rango determina para la de rango inferior que la contraviene la sanción de nulidad radical o de pleno derecho. Y los efectos de ésta, de este grado sumo de invalidez, son como regla y en principio efectos ex tunc, que se retrotraen al momento mismo en que entró en vigor la norma ilegal. Lo mismo cabe decir, y desde luego no con menos razón o fundamento, cuando la contravención se produce entre la Constitución y una ley o norma con fuerza de ley. Así, en este orden de consideraciones generales y de principio a las que nos referimos ahora, no es nada irrelevante recordar el mandato del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que ordena sin ambages que la sentencia que declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados.

En conclusión: la inserción de la ley en un ordenamiento en el que queda subordinada a una norma de rango superior, más el grado de sanción y los efectos de éste que nuestra tradición jurídica predicen para las normas ilegales, conducen como principio o como regla a una afirmación de signo contrario u opuesto a aquella que trascribimos en el párrafo primero de este fundamento de derecho. Y no nos permiten compartir, tampoco, la opinión doctrinal que eleva la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de la ley, por entender que de lo que se trataría es de su misma ejecución, a la categoría de único título jurídico en el que amparar y sustentar el eventual derecho al resarcimiento, de suerte que éste quedaría vedado, no sólo cuando tal título proclama para él efectos ex nunc, sino también e incluso cuando guarda silencio y nada dice del alcance temporal de su fallo ni de la reparabilidad de los perjuicios que la ley inconstitucional haya podido producir.

Cuestión distinta, ajena a la regla general que expresan los términos literales de aquella afirmación que hemos rechazado, es la de los efectos jurídicos que aquellos fallos de inconstitucionalidad hayan de producir sobre decisiones firmes adoptadas con anterioridad a ellos aplicando la norma inconstitucional. Como distinto es también el supuesto que surge cuando el Tribunal Constitucional ejerce la facultad que le corresponde de limitar por exigencias o por razones de índole constitucional la natural eficacia retroactiva de dichos fallos, e incluso la de atribuir a su declaración de inconstitucionalidad, por iguales exigencias, sólo una eficacia prospectiva o de futuro.

Lo dicho refleja también el criterio de aquella jurisprudencia, es decir, de la recaída al enjuiciar acciones de responsabilidad patrimonial en las que el título de imputación era, como aquí, el de la inconstitucionalidad de la ley. Así, en procesos en que la Abogacía del Estado invocó, como hace ahora, la exclusiva eficacia ex nunc de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una ley, dejando a salvo o exceptuando sólo



el supuesto de que sea la propia sentencia la que se pronuncie sobre sus efectos retroactivos, repite esa jurisprudencia que cuando la sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, 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. En este sentido pueden verse, entre otras muchas, las SSTs de 15 de julio de 2000 (recurso núm. 763/1997), 17 de febrero de 2001 (349/1998), 24 de enero de 2002 (221/1998), 3 de julio de 2003 (678/2000), 29 de octubre de 2004 (166/2003), 11 de septiembre de 2007 (99/2006), etc., etc.

**SEXTO.-** De aquel fundamento jurídico cuarto del escrito de contestación procede ahora, siguiendo el orden que nos propusimos, fijar la atención en un motivo o razón de oposición que se construye con la siguiente afirmación: " *la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad -que como hemos dicho no es el caso- no conlleva por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo, ni tampoco demanda necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia, máxime en un asunto como el presente en el que la norma que se declara inconstitucional había sido ya derogada por otras posteriores* ".

De entrada, debemos prescindir de algunos componentes de esa afirmación que en sí mismos no son relevantes, en el sentido de que de ellos no se deriva en absoluto o por sí solos la improcedencia de la acción indemnizatoria.

Así, no lo es la causa o razón determinante del vicio de inconstitucionalidad, limitada en el caso que aquí enjuiciamos a la sola o mera contravención por el RDL del inciso inicial del art. 86.1 CE, pues cuál sea esa causa o razón es y debe ser en principio indiferente si el perjuicio cuya reparación se pretende deriva precisamente de la aplicación de la norma declarada inconstitucional. Otra cosa distinta, posible en hipótesis, es que la concreta causa o razón apreciada pueda incidir en el juicio sobre la antijuridicidad del daño, y que por ello y a tal fin haya de ser valorada y tomada en consideración. Pero no es esto lo que apreciamos en el caso que ahora nos ocupa, tal y como resulta de lo que luego habremos de razonar al examinar ese elemento de la antijuridicidad o inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño.

Asimismo, tampoco es relevante que aquel RDL estuviera derogado cuando se dictó la sentencia que lo declaró inconstitucional. No lo es, en tanto en cuanto la norma derogatoria no haya reparado el perjuicio irrogado por la aplicación de aquél mientras formalmente estuvo vigente. Cosa distinta es, en la línea antes dicha, que esa norma derogatoria pueda incluir preceptos que deban ser tomados en consideración para decidir sobre la antijuridicidad del perjuicio. De ello también nos ocuparemos en un momento posterior de esta sentencia.

Eliminados de aquella afirmación esos componentes, lo que de ella queda, y en concreto el argumento de que la inconstitucionalidad de la norma no conlleva por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo, ni tampoco demanda necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia, trae o parece querer traer a colación una cuestión de hondo calado, referida a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los procesos en los que se hizo aplicación de la norma inconstitucional y al obstáculo que para el éxito de la acción indemnizatoria puedan suponer los pronunciamientos firmes alcanzados en ellos. Trae o parece querer traer a colación el obstáculo que para reparar el menoscabo económico derivado de la aplicación del RDL en aquel proceso laboral por despido suponen o pueden suponer, en suma, las normas que expresan los artículos 161.1.a), inciso final, de la CE y 40.1, inciso inicial, de la LOTC. Cuestión que, pese a los términos tan escuetos con que se formula, pasamos a analizar con detalle, pues es de ahí, de la solución dada a ella en la larguísima serie de sentencias que siguieron a aquellas primeras de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, de donde nace, como causa no única pero sí principal, la seria y fundada controversia doctrinal a la que antes hicimos referencia y, también, el reiterado voto particular que igualmente citamos.

**SÉPTIMO.-** Para ello, para ese análisis, conviene tener a la vista el tenor literal de esas dos normas.

El art. 161.1.a) CE, después de afirmar la competencia del TC para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, dispone, siendo esto lo que ahora importa retener, que " *La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada* ".

Y el art. 40.1 de la LOTC, incluido en el Capítulo IV de su Título II, bajo el epígrafe "De la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y de sus efectos", dispone 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".*

Claro es por tanto, como primera conclusión que no ofrece dudas, que la declaración de inconstitucionalidad (con la única y sola excepción que prevé el inciso final de la segunda de esas normas, sólo referida 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 para aquél o aquellos contra los que se siguieron esos procesos) deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución.

Es más, aquellas normas lo ordenan así contradiciendo y excepcionando el régimen general del instituto de la cosa juzgada, pues en éste, tal y como es de ver en el párrafo segundo del núm. 2 del art. 222 y en el inciso final del núm. 2 del art. 400, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "los hechos y los fundamentos jurídicos" posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación realizables en el primer o anterior proceso, que por tanto no hubieran podido alegarse en éste, como lo sería la posterior "declaración de inconstitucionalidad", permiten que sea juzgada de nuevo la pretensión que ya lo fue en ese anterior proceso, excluyendo por ello, por ser hechos o fundamentos jurídicos rigurosamente nuevos, en el sentido de que antes no pudieron ser alegados, los llamados efectos negativo y positivo de la cosa juzgada material. Esto es, pueden válidamente basar una acción a la que no le alcancen los efectos, ya sean excluyentes, ya vinculantes, de la cosa juzgada. La nueva LEC ha traducido así a normas jurídicas lo que ya antes expresaba la jurisprudencia bajo la idea de los "límites temporales de la cosa juzgada", pues ésta abarca la situación o relación jurídica configurada o que pudo serlo en un momento histórico concreto; pero no lo que no pudo serlo entonces, que como posterior configura una relación jurídica distinta, objetivamente diversa.

De ahí, de lo que acabamos de justificar, surge una prevención que deriva directamente de las reglas sobre aplicación de las normas jurídicas, que como tal debe ser atendida y tenida en cuenta. Aquellas normas antes trascritas, insertas en el ámbito del instituto de la cosa juzgada, de la que regulan sus efectos o su valor para el específico supuesto al que se refieren, pero que lo hacen restringiendo, limitando y excepcionando los efectos propios del régimen general de ese instituto procesal, son normas que merecen ser calificadas como restrictivas o limitativas de derechos y de carácter excepcional, con la consecuencia, por ende, de que deben ser interpretadas de un modo estricto, no extensivo, que limite su aplicación a lo que expresamente disponen.

Lo que disponen es que la sentencia que aplicó la norma inconstitucional no perderá el valor de cosa juzgada (si lo tiene, claro es); y, consecuentemente, que no cabrá revisar el proceso fenecido mediante una sentencia dotada de ese valor (con la salvedad a la que se refiere el inciso final de aquel art. 40.1).

Ahora bien, la cosa juzgada, la "res iudicata", "lo juzgado", lo que por haber quedado juzgado en ese proceso así fenecido ya no es posible juzgar, revisar, en otro posterior, alcanza a las pretensiones, tal y como expresa el art. 222.2 LEC, es decir, a la concreta tutela jurídica pretendida en aquél. Pretensión que hoy, tras la regla de preclusión que introdujo el art. 400 LEC, no varía y sigue siendo la misma a esos efectos excluyentes o vinculantes propios de la cosa juzgada, de "lo juzgado", aunque cambie, varíe o se modifique en el proceso posterior su causa de pedir; esto es, aunque en ese proceso posterior, pese a que hubieran podido invocarse en el anterior, varíen los hechos, los fundamentos o los títulos jurídicos en que pueda fundarse lo que se pidió y vuelve a pedirse.

Pero hecha esa salvedad atinente a uno de los tres elementos que identifican y delimitan una concreta pretensión, lo que la cosa juzgada no alcanza, como es obvio, es a dar por juzgadas pretensiones que son distintas de las antes deducidas; bien porque lo sean los sujetos frente a los que se piden; bien porque lo sea el "petitum", esto es, el bien jurídico cuya protección se solicita.

Es aquí, precisamente, donde encontramos la razón jurídica que conduce a interpretar que lo ordenado en aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución. El bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión está, nadie lo duda, claramente conectado con aquél que se solicitó en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia, hasta el punto de que uno y otro pueden llegar a guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica, que les haría así, aunque sólo desde esta perspectiva, intercambiables. Pero no es el mismo bien jurídico; no hay identidad entre uno y otro. En el proceso fenecido lo era el derecho o derechos que a juicio del pretendiente derivaban de una concreta situación o relación jurídica. En el nuevo lo es el derecho a ser indemnizado cuando un tercero causa en su patrimonio un perjuicio que



no tiene el deber jurídico de soportar. Como tampoco la hay necesariamente entre las partes de uno y otro proceso, entendidas con la extensión con que lo hace el párrafo primero del art. 222.3 LEC, pues en el fenecido sólo lo eran y sólo podían serlo quienes definían la situación o integraban la relación jurídica cuyo contenido o cuyos derechos se ponían en litigio, mientras que en el nuevo lo es el tercero tal vez ajeno a ellas a quien se imputa el daño antijurídico.

En suma, si lo que excluye la cosa juzgada es, tal y como dice el art. 222.1 LEC, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo, no es ese efecto de exclusión el que producen aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC para el posterior proceso de reclamación de responsabilidad, pues no es esa situación de identidad de objeto la existente entre éste y el anterior.

Mantenemos pues el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron aquellas sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, que afirma que la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, y que dota por tanto de sustantividad propia a dicha acción.

Criterio que es, asimismo, el que mejor se acomoda al que rige la posibilidad de ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial contra los Estados miembros, derivadas de los perjuicios que hubiera podido causar la aplicación de normas internas no compatibles con el Derecho Comunitario. Así, en la sentencia de 30 de septiembre de 2003, dictada por el Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Köbler (C-224/2001), se dice en su FJ 39, con una argumentación que recuerda a la que antes hemos desarrollado, que " *Sin embargo, hay que considerar que el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño*".

**OCTAVO.-** La conclusión alcanzada es a su vez mucho más nítida en el concreto supuesto que aquí enjuiciamos. La parte contra la que se dirige la pretensión de responsabilidad patrimonial no lo era, no era parte, en aquel proceso laboral por despido. Y el contenido de los derechos y deberes recíprocos entre el empresario y el trabajador al que despidió, que era lo que constituía el objeto de lo que allí se juzgó, permanecerá absolutamente igual a como fue definido en la sentencia firme dictada en él, cualquiera que sea el pronunciamiento que ahora recaiga. La cosa juzgada y la seguridad jurídica a que esta institución atiende, en nada se menoscaban al reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial que nos ocupa.

**NOVENO.-** Llegados a este punto, debemos analizar ahora si el menoscabo económico alegado por el actor reúne los requisitos que legalmente son precisos para que proceda su indemnización, es decir, si se trata de un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y antijurídico, en el sentido, éste, de que aquél no tenga el deber jurídico de soportarlo.

Sólo este último se pone en tela de juicio en el escrito de contestación a la demanda, lo cual es lógico, pues ninguna duda puede existir acerca de la concurrencia de los dos primeros (efectividad y evaluabilidad económica); ni serían consistentes las que aparentemente puede suscitar el tercero (individualización del daño por relación a una persona o grupo de personas). Aquel menoscabo no es uno que por su generalidad o extensión al común de la sociedad, o al común al menos de quienes como agentes intervienen y conforman un amplio y extenso sector económico, merezca o deba merecer el calificativo de carga colectiva, de carga común que todos deban soportar. Lo es aún menos si la reacción del ordenamiento jurídico poniendo freno a aquél se produjo casi de manera inmediata, dando lugar con ello a que quedara ceñido a un número relativamente escaso de quienes, además, eran concretos destinatarios de una previsión singular (trabajador despedido improcedentemente cuyo empresario opta por la extinción de la relación laboral). Se trata en suma de un menoscabo individual que recae o se residencia de modo directo en el patrimonio del reclamante y del grupo singular y bien delimitado de los que se hallaron en su misma o análoga situación.

**DÉCIMO.-** Centramos nuestra atención por tanto en el elemento o requisito de la antijuridicidad del menoscabo.

En los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo





circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño.

Esa regla general o de principio es, sin duda, la que se desprende con toda evidencia de aquella jurisprudencia iniciada en aquellas primeras sentencias del año 2000, en donde se lee, por ejemplo, que no parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño, dado que éste se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto en un precepto declarado inconstitucional (así, en aquella sentencia de 15 de julio de 2000 y en otras muchas posteriores); o que no existía para los recurrentes el deber jurídico de soportar ese perjuicio, puesto que el mismo lo produjo una ley posteriormente declarada inconstitucional (así, y también entre otras muchas, en la sentencia de 9 de mayo de 2008 ); etc.; etc.

En contra de lo afirmado no parece que quepa invocar, como se hace en el escrito de contestación a la demanda, las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 3 y 13 de abril de 2002 (ambas referidas a los daños imputados al modo en que el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, introdujo el régimen de liberalización en la prestación de los servicios funerarios), pues esas sentencias no abordan un caso como el de autos en el que el título de imputación es la inconstitucionalidad de la norma legal aplicada.

**UNDÉCIMO.**- Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de la concurrencia del requisito de la antijuridicidad del daño no quedaría completo en este caso sin prestar atención a aquella Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que surge tras convalidar el RDL mediante el procedimiento a que se refiere el art. 86.2 CE y decidir además tramitar su texto como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE).

Como dijimos en la letra C) del segundo de los fundamentos de derecho de esta sentencia, esa ley derogó de modo expreso el RDL y, además, volvió a modificar el art. 56 LET, devolviéndole, en lo que ahora nos importa, el sentido anterior a dicho RDL, reintroduciendo la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario opta por la extinción de la relación laboral.

El significado de tal decisión del legislador, claro, nítido o poco dudoso por producirse precisamente en la ley que se aprueba a través de aquella vía acumulativa a la de la mera convalidación en que consiste la que prevé el citado art. 86.3 CE, es uno equiparable, no a la mera recuperación de una regulación anterior que vuelve a ser considerada como más adecuada al interés general y más en consonancia con el estado actual de un inevitable devenir de los criterios u objetivos de política legislativa, sino, más bien, equiparable a la desautorización de la supresión que había introducido el RDL, por no apreciar el legislador, en suma, que ese interés general o esos criterios u objetivos demandaran en ese momento, ni en el tan inmediatamente anterior en que el RDL fue aprobado, aquella supresión de los salarios de tramitación. De ahí también el fortalecimiento de la conclusión de la inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño, pues éste surge al apartarse el RDL de una regulación anterior muy consolidada sin que el legislador apreciara causa material que lo justificara. Y de ahí asimismo la obvia conexión existente entre el vicio de inconstitucionalidad apreciado y el daño, pues éste no hubiera surgido si el Gobierno, por carecer del presupuesto habilitante exigido en el art. 86.1 CE, no hubiera dictado el RDL y hubiera sometido un proyecto de ley en el que incluyera su criterio favorable a aquella supresión al procedimiento normal o de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes.

**DUODÉCIMO.**- Dicha Ley 45/2002 incluyó también, como igualmente dijimos en aquella letra C), una Disposición transitoria primera del siguiente tenor: "*las extinciones de contratos producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en lo que se refiere a sus aspectos sustantivo y procesal, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones*".

Sin embargo, no atribuimos a esa Disposición transitoria el efecto de sanar la antijuridicidad del daño, o, dicho de otra manera, de derivar de ella la apreciación de que el trabajador despedido improcedentemente (y no readmitido) en el periodo que medió entre la entrada en vigor del RDL (26-5-2002) y la de la Ley 45/2002 (14-12-2002), tenga el deber jurídico de soportar el menoscabo económico producido por la aplicación de una norma inconstitucional y consiguiente supresión del aquel sumando constituido por los salarios de tramitación. Es así, porque la posterior declaración de inconstitucionalidad y nulidad del RDL origina para éste, a falta o en ausencia de un pronunciamiento de signo contrario que se contuviera en la sentencia constitucional, una invalidez con efectos ex tunc, que la retrotraen al momento mismo en que entró en vigor. Y además, porque si aquella decisión del legislador es equiparable a nuestro juicio a una desautorización de la supresión introducida por el RDL, ello conduce o debe conducir a ceñir el significado y trascendencia de aquella Disposición transitoria al propio de las de su naturaleza, esto es, a fijar los efectos de la sucesión temporal de normas, pero no a atribuirle después de declarada la inconstitucionalidad y nulidad de la norma precedente un efecto equivalente a dotar de juridicidad un daño que como regla general o de principio es antijurídico.

**DECIMOTERCERO.**- No apreciamos en el escrito de contestación a la demanda más motivos o razones de oposición, pues aquél que se expresa en el número 1 del fundamento jurídico tercero de dicho escrito, único que



aparentemente restaría por tratar, carece de la mínima consistencia necesaria para considerarlo como tal, pues que la sentencia que puso fin al proceso laboral por despido no reconociera al trabajador como un sumando más de la cantidad a percibir el consistente en los llamados salarios de tramitación, fue consecuencia de la vigencia del RDL al tiempo del despido y no elimina, por tanto, la relación causal existente entre la norma inconstitucional y la lesión cuya reparación se pretende.

**DECIMOCUARTO.-** Abordando ya la cuestión del importe o cantidad que deba reconocerse en concepto de indemnización, ninguna duda ofrece la inclusión de aquella de 7.039,76 euros a la que hicimos referencia en la letra E) del segundo de los fundamentos de derecho de esta sentencia, pues esa es precisamente la que constituye el menoscabo patrimonial derivado de la aplicación en su proceso laboral por despido del RDL inconstitucional y nulo. Cantidad a la que no debemos restar el importe de las prestaciones contributivas por desempleo que el actor percibió entre el 16-08-2002 y el 27-11-2002, tanto porque la Administración no introduce en el proceso semejante cuestión, como por la razón de que esa deducción o resta cobraría justificación si el actor no viera disminuido por la prestación ya percibida la totalidad del periodo en que deba tener derecho a tales prestaciones.

No procede, en cambio, incluir la cantidad de 2.000 euros a la que también nos referimos en aquella letra E), reclamada por el actor, sin mayor alegación, detalle ni precisión, " *en concepto de honorarios profesionales, a los que deberá hacer frente el que suscribe por la tramitación de la presente reclamación* ". Es así, porque a través de una alegación semejante no identifica ni cuantifica gastos concretos anteriores al proceso, que deban quedar regidos por el criterio de la plena indemnidad y no por el régimen jurídico que gobierna los del proceso, que no es el propio del instituto de la responsabilidad patrimonial y sí el de las costas procesales.

**DECIMOQUINTO.-** Aunque omite el escrito de demanda la solicitud de condena al pago de intereses, ello no es obstáculo, tal y como dijo este Tribunal en su sentencia de 13 de mayo de 2003, dictada en el recurso número 159/2000, para incluirla, pues lo exigen así, tanto el principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial, como la naturaleza de deuda de valor que tiene la obligación pecuniaria de resarcimiento, e incluso la previsión del art. 141.3 de la Ley 30/1992.

**DECIMOSEXTO.-** No apreciamos que concurran en la conducta procesal de la Administración las circunstancias de mala fe o temeridad a que se refiere el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción; razón por la que no procede imponer las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

**Estimamos en parte** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Fermín contra la resolución desestimatoria presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial que formuló ante el Consejo de Ministros el día 19 de marzo de 2008. **Anulamos** dicha resolución por no ser conforme a Derecho y **condenamos** a la Administración del Estado a que abone al actor la cantidad de SIETE MIL TREINTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS (7.039,76 euros), más su interés legal desde el día 19 de marzo de 2008 hasta la fecha de notificación de esta sentencia, con aplicación desde ella de lo que disponen los números 2 y 3 del art. 106 de la Ley de la Jurisdicción.

**Desestimamos** las demás pretensiones deducidas y **no imponemos** las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Ramon Trillo Torres

D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez

D. Ricardo Enriquez Sancho

D. Pedro Jose Yague Gil

D. Jesus Ernesto Peces Morate

D. Jose Manuel Sieira Miguez

D. Rafael Fernandez Montalvo

D. Manuel Vicente Garzon Herrero



D. Segundo Menendez Perez  
D. Juan Jose Gonzalez Rivas  
D. Enrique Lecumberri Marti  
D. Manuel Campos Sanchez-Bordona  
D. Nicolas Maurandi Guillen  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D. Santiago Martinez-Vares Garcia  
D. Eduardo Espin Templado  
D. Juan Gonzalo Martinez Mico  
D. Rafael Fernandez Valverde  
D. Octavio Juan Herrero Pina  
D. Emilio Frias Ponce  
D. Jose Diaz Delgado  
D. Eduardo Calvo Rojas  
D. Manuel Martin Timon  
D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez  
D. Angel Aguallo Aviles  
D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco  
D<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella  
D. Juan Carlos Trillo Alonso  
D. Jose Antonio Montero Fernandez  
D<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech  
D. Carlos Lesmes Serrano

### Voto Particular

VOTO PARTICULAR

**FECHA:02/06/2010**

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Manuel Campos Sanchez-Bordona Y AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva EN LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO CON FECHA 2 DE JUNIO DE 2010, RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 2/**588/2008** .

Discrepo, con todo el respeto que me merece, de la decisión mayoritaria adoptada por el Pleno de la Sala que, a mi juicio, debió ser en este caso desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Comparto buena parte de las consideraciones expuestas con brillantez en los ocho primeros fundamentos jurídicos de la sentencia, sin perjuicio de lo cual estimo que la doctrina general en ellos contenida debería ser objeto de algunas matizaciones. La primera de ellas afecta al binomio inconstitucionalidad de la ley - antijuridicidad del daño provocado. La sentencia aborda esta cuestión, a mi juicio, en unos términos excesivamente rígidos.

**Primero.-** Las consecuencias que para el patrimonio colectivo pueda tener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, pronunciada por el Tribunal Constitucional, no están sujetas a un tratamiento uniforme. Como reconoce la sentencia mayoritaria, es posible que el propio Tribunal Constitucional las elimine o atempere, bien atribuyendo a su fallo eficacia meramente prospectiva, bien limitando sus efectos anteriores en el tiempo y atenuando por lo tanto su eficacia *ex tunc* . El problema se plantea, obviamente, ante el silencio del Tribunal Constitucional respecto a la eficacia temporal de una sentencia suya de este género.



Coincido, en términos generales, con la mayoría de la Sala en su interpretación de los artículos 161 de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como en su respaldo a la línea jurisprudencial según la cual el silencio del Tribunal Constitucional no impide a los tribunales de justicia deducir o administrar las consecuencias patrimoniales para el Estado derivadas de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Pero tal deducción ha de hacerse no de modo automático ni con la -en mi opinión- rigidez que encuentro en la sentencia de la que discrepo, sino atendiendo a diversos factores el primero de los cuales atañe precisamente a la "intensidad", si se puede emplear el término, de la violación del orden constitucional.

A mi juicio no es lo mismo, desde la perspectiva que ahora importa, una declaración de inconstitucionalidad basada en elementos externos al contenido normativo de la ley anulada que otra fundada en que estos contenidos vulneran, por sí mismos, los derechos de los destinatarios afectados por la ley.

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: el necesario resarcimiento del daño provocado por la primera no tendría por qué ser equiparable al de la segunda. De hecho, esta misma Sala en Pleno ha denegado pretensiones similares a la actual, pese a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, cuando la razón de ser de esta declaración, contenida en la sentencia constitucional 102/2005, no era sino la incorrecta atribución al Ministro de Obras Públicas y Transportes de excesiva (casi ilimitada) capacidad normativa para fijar el contenido de unas prestaciones patrimoniales públicas.

Apreciamos en su momento que el pago de las tarifas configuradas conforme a la ley inconstitucional -en aquel supuesto la Ley 27/1992, de Puertos del Estado - respondía a un mecanismo de contraprestación por la percepción de ciertos servicios públicos y que era improcedente la reclamación de responsabilidad patrimonial al Estado basada en la aprobación de la ley declarada inconstitucional (sentencia del Pleno de 5 de marzo de 2008).

Si la norma legal declarada no conforme a la Constitución lo ha sido por el primer grupo de motivos (que incluyen, por ejemplo, los relativos a cuestiones competenciales o a defectos en la tramitación parlamentaria o, como en este caso sucede, a la incorrecta valoración del requisito de la urgencia necesaria para aprobar un Real Decreto-Ley), este hecho por sí mismo -insisto, desligado de cuál sea el contenido sustantivo de la norma legal- no me parece suficiente para abrir paso a la responsabilidad patrimonial del Estado. Responsabilidad que exigiría, siempre según mi opinión, que, además, 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.

En el caso que nos ocupa el precepto declarado inconstitucional lo fue porque el Real Decreto-Ley no respondía a razones reales de urgencia. Pero no se ha negado que dentro de la capacidad de configuración normativa conforme con la Constitución tan adecuados a ella fuera un régimen que regulaba los "salarios de tramitación", esto es, los dejados de percibir tras el despido hasta la sentencia, en los términos previos al Decreto-Ley 5/2002 (en cuanto parte de las obligaciones impuestas al empresario), como otro que, en definitiva, venía a sustituir aquellos salarios a cargo del empresario por prestaciones de desempleo a cargo de los fondos públicos.

Sólo si se hubiera declarado la inconstitucionalidad material de esta medida -lo que es difícilmente imaginable- estaríamos, a mi juicio, en condiciones de considerar la eventual responsabilidad patrimonial del Estado por aquel hecho. El presupuesto de semejante declaración de inconstitucionalidad implicaría reconocer que la exigencia del pago de los salarios de tramitación en los términos previos al Real Decreto Ley 5/2002 vendría impuesta por el propio texto constitucional, cuando no es sino una opción legislativa tan legítima como su contraria.

Téngase en cuenta, por lo demás, que el propio Tribunal Constitucional, cierto que desde la perspectiva de un recurso de amparo en el que se cuestionaba la vulneración del artículo 14 de la Constitución, mediante su sentencia 84/2008 corroboró la aplicación de las nuevas normas (respecto de los salarios de tramitación) incluidas en el Real Decreto Ley 5/2002 a hechos acaecidos durante su corta vigencia.

Así las cosas, si la nueva regulación de los salarios de tramitación se hubiera establecido por una ley (o si el Real Decreto Ley 5/2002 hubiera respondido realmente a una situación de urgencia), sus destinatarios estarían obligados a respetarla, pues desde el punto de vista sustantivo nada obstaba a su constitucionalidad, y ninguna responsabilidad patrimonial se derivaría para el Estado. Se trataría de una mera consecuencia "normal" de la capacidad legislativa del Estado que se impone a todos los ciudadanos. Desde el enfoque que sostengo, la declaración de inconstitucionalidad del Decreto-Ley por razones ajenas a su contenido no debería conducir a la solución contraria.





En el caso de autos, además, la supresión -matizada- de los tan citados salarios de tramitación quedaba compensada según el propio Real Decreto Ley 5/2002 con el adelanto en la percepción, por parte del trabajador despedido, de la prestación de desempleo. Esta medida legislativa suponía que el comienzo de la percepción de la prestación de desempleo se fijaba en la fecha del cese por despido, con independencia de su impugnación "[...] posibilitando la existencia de ingresos en el período que medie entre el despido y la conciliación o la sentencia".

Si es cierto, pues, que la modificación en el régimen de los salarios de tramitación podía suponer para los trabajadores despedidos una minoración de los derechos -nacidos de la ley- que les reconocía el sistema preexistente (y es precisamente este dato el que lleva a la sentencia mayoritaria a apreciar el "daño"), también lo es que el nuevo marco normativo consideraba procedente sustituir aquél por otro que configuraba la protección económica del trabajador despedido mediante el mecanismo de la prestación de desempleo. Ambos sistemas de regulación de la relación de trabajo, y del papel del Estado en su entorno, respetaban, a mi juicio, el texto constitucional. Premisa a partir de la cual la declaración de inconstitucionalidad, por la razón ya expuesta, del Real Decreto-Ley 5/2002 no constituye base suficiente para atribuir al Estado la responsabilidad de indemnizar a los ciudadanos afectados por el nuevo régimen normativo. Aun cuando no hubiera razones suficientes para apreciar la urgencia del Real Decreto-Ley, la solución impuesta por éste no era materialmente inconstitucional y significaba un mero cambio de régimen, legítimo, en el tratamiento de las consecuencias económicas de los despidos, asegurando al trabajador despedido la cobertura de la prestación por desempleo en vez de la percepción del "salario de tramitación".

Considero que deberíamos avanzar en este enfoque de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales, más atento al contenido material de las normas y a su incidencia y efectos en los derechos de los ciudadanos, así como al mayor o menor grado de intensidad (o "caracterización", por emplear el término empleado en otros ordenamientos) de la infracción constitucional. En el buen entendimiento de que sería aplicable sólo cuando, como ya ha quedado expuesto, no tengamos pautas suficientes en las propias sentencias constitucionales sobre la eficacia temporal, *ex tunc* o *ex nunc*, de los fallos respectivos.

**Segundo.-** Una segunda línea argumental en la sentencia de la que discrepo, referida no tanto al problema "dogmático" de los perfiles de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales, sino al más preciso de la fijación de las normas legales aplicables al caso de autos, es la relativa a la incidencia que sobre el Real Decreto-Ley 5/2002 pudiera tener la ulterior aprobación de la Ley 45/2002 (fundamento jurídico duodécimo de la sentencia mayoritaria).

A mi juicio, era posible una interpretación de la Disposición transitoria primera de esta última Ley (la 45/2002) que corroborase, si fuera necesario, la procedencia de aplicar el Real Decreto-Ley 5/2002 a las extinciones de contratos de trabajo producidas bajo su vigencia, cualquiera que hubieran sido las vicisitudes posteriores de este último.

La aplicación del "nuevo" sistema (sustitución del salario de tramitación por el adelanto de la prestación del desempleo) introducido por el Real Decreto-Ley 5/2002 quedaría, pues, respaldada *a posteriori* por la nueva Ley 45/2002, esto es, por la misma norma legal que derogó el Real Decreto Ley 5/2002 y "reintrodujo" -por emplear los términos de la sentencia mayoritaria- el régimen vigente hasta el 24 de mayo de 2002 en que la norma de urgencia fue aprobada.

La "validez" del régimen posterior al 24 de mayo de 2002 y de sus medidas de aplicación no procedería, por lo tanto, sólo del propio Real Decreto-Ley 5/2002 (ulteriormente declarado inconstitucional) sino de la asunción de sus contenidos y de su aplicación que -también como opción legislativa legítima para resolver los problemas intertemporales- llevó la cabo la ulterior Ley 45/2002, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en duda.

El legislador que aprueba la Ley 45/2002 era tan consciente de que "reintroducía" el sistema primitivo al derogar el Real Decreto-Ley 5/2002 como de que validaba, pese a ello, la aplicación del Real Decreto-Ley 5/2002 a los ceses por despido ocurridos durante su corto tiempo de vigencia. Quiérese decir, pues, que el régimen jurídico aplicable a estos ceses en relación con los salarios de tramitación, aun habiendo sido objeto de la declaración de inconstitucionalidad en la sentencia 68/2007 por las razones ya expuestas, goza del respaldo de otra norma legal posterior (la Ley 45/2002) sobre la que ningún pronunciamiento de inconstitucionalidad ha recaído.

Fdo: Manuel Campos Sanchez-Bordona Fdo: Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Voto Particular

**VOTO PARTICULAR**

**FECHA:02/06/2010**



**VOTO PARTICULAR QUE CONFORME AL ARTÍCULO 260 DE LA LEY 6/1985, DE 1 DE JULIO, ORGANICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA EL MAGISTRADO DE ESTA SALA EXCMO. SR. D. Manuel Martin Timon Y AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Emilio Frias Ponce, EN RELACION CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUMERO 588/2008 .**

Con respeto y acatamiento del criterio mayoritario del Pleno, recogido en la Sentencia que resuelve el recurso contencioso administrativo número **588/2008** , expreso a continuación los fundamentos de lo que en mi opinión debió conducir a desestimación. Y para ello, aprovecho la exposición meramente fáctica de la Sentencia de la que discrepo y fijo como premisa de mi argumentación que la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo , se limita a declarar " *inconstitucional y nulo*" el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo , de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, sin hacer referencia alguna a los efectos de tal declaración.

Ello me permite comenzar con un recuerdo a los primeros años de andadura del Tribunal Constitucional en los que la cultura jurídica del país entendió que la inconstitucionalidad de una ley llevaba aparejada la nulidad de las disposiciones afectadas por la misma con las consecuencias de retroactividad plena a ello inherentes. Se entendía que la norma contra Constitución tiene en sí misma un vicio que provoca su nulidad "ipso iure" y, por ello, las Sentencias del Tribunal Constitucional serían declarativas de ese vicio y provocarían la eliminación de las mismas y de sus efectos con carácter retroactivo o "ex tunc".

Participando el Gobierno de esta forma de pensar, tras las Sentencia del Tribunal Constitucional 179/85, de 19 de diciembre y 19/1987, de 17 de febrero , que declararon inconstitucionales los artículos 8.º1 y 9.º1 de la Ley 24/193, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes de Saneamiento y Regulación de las Haciendas Locales, en cuanto a la libertad e fijación de tipos en los recargos del IRPF y el artículo 13 .1 de la misma Ley , que había establecido la posibilidad de que los Ayuntamientos fijaran libremente el tipo de gravamen en las Contribuciones Rústicas y Urbana, aprobó los Reales Decretos Leyes 1959/1986, de 29 de agosto y 1/1987, de 10 de abril, para proceder a la devolución de los tributos indebidamente percibidos.

Con el criterio señalado se producía una separación del modelo kelseniano, que ha quedado reflejado en el Tribunal Constitucional austríaco, que actúa como "legislador negativo" y cuyas sentencias de declaración de inconstitucionalidad tienen eficacia "ex nunc", similar a la derogación.

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.

En efecto, fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero , que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad acordada por el propio Pleno del Tribunal, en relación con la Ley 44/1978, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas , teniendo en cuenta la reforma operada por Ley 48/1985 , la que produjo un giro en este y otros aspectos, a mi juicio de carácter esencial.

En primer lugar, se reconoció la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de preceptos sin la calificación de nulidad, siendo el más claro ejemplo el del texto omitido, y así la declaración conjunta en el IRPF se reputó inconstitucional en la medida en que el texto legal no preveía para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada. De menor trascendencia, y desde luego menos conocida y citada, fue la declaración inconstitucionalidad del precepto que no incluía entre los períodos impositivos inferiores a un año el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo.

Y ante la exigencia del artículo 39.1 de la L.O.T.C ., en el que se establece que: " *Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso,, la de aquellos que la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*", la justificación que el Tribunal da para la mera declaración de inconstitucionalidad que no supone nulidad, es la de que " *la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión*".

Es así como se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la novedad que había supuesto también la Ley de 21 de diciembre de 1970 , de modificación del Tribunal Constitucional Alemán, al distinguir junto a la "declaración de nulidad" la "declaración de incompatibilidad", equivalente a la inconstitucionalidad simple.

En segundo lugar, se indicó que de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 39.1 ), " *las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC ) y que en*



*cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad", añadiéndose la afirmación también trascendental de que " ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad 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".*

Y por último, y precisamente en relación con el pasado, y con evidente diferencia de lo que habían supuesto las Sentencias anteriores, advirtió en relación con los efectos de la sentencia que se dictaba, lo siguiente:

*"La segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles 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 C. E .), las establecidas mediante las 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.*

*Por último, y para concluir, conviene precisar que tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución. También en este supuesto, en efecto, esa nulidad provoca una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otro sistema alguno".*

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, tal como después exponemos.

A partir de esta Sentencia son innumerables las que declarando la inconstitucionalidad mencionan las limitaciones hacia el pasado que suponen los artículos 9.3 y 161.1 a) de la Constitución y 40.1 de la LOTC.

En todo caso, lo primero que tenemos que hacer es distinguir entre sentencias que declaran la inconstitucionalidad con nulidad y las que no incorporan esta última consecuencia.

En cuanto a las que no declaran la nulidad, preciso es reconocer que, como señala el Tribunal Constitucional, la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

Así, en Derecho Privado, la regla general es la nulidad de los actos contra leyes, pero " salvo que en ellas se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención " (artículo 6.3 del Código Civil ), lo que pueden hacer tanto expresa como tácitamente, aparte de la aplicación de principios como el de "favor negoti".

En cambio, cuando se trata de infracción del principio de jerarquía de las normas la regla es la de carencia de validez (artículo 1.2 del Código Civil ), si bien más expresivamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que " serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución , las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior".

Pues bien, en la inconstitucionalidad las cosas ocurren de otra manera, pues para empezar, la historia de la doctrina del Tribunal Constitucional nos ofrece diversos ejemplos de leyes que son declaradas inconstitucionales sin que ello suponga su nulidad. Aparte de los casos antes citados de la Sentencia 45/1989, pueden mencionarse el de las leyes que contienen partidas presupuestarias o conceden subvenciones y en donde no se duda en acudir a la simple declaración de inconstitucionalidad (sin nulidad) para evitar los perjuicios que en otro caso pudieran producirse. Me limitaré a citar el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992, de 16 de febrero, que conoció de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra determinados preceptos y partidas presupuestarias de las Leyes 33/1987, de 23 de diciembre y 37/1988, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989, respectivamente, y que estimó la pretensión de la Generalidad de Cataluña mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquellas partidas presupuestarias que habían invadido sus competencias, pero sin necesidad de anular los



correspondiente preceptos presupuestarios ni menos todavía las subvenciones ya concedidas al amparo de los mismos. Por todo ello, concluye la Sentencia " *el alcance de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limita a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»*".

Frente a ello, están las Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes con la consecuencia de su nulidad, caso en el que las situaciones en las que se pueden encontrar los ciudadanos son las siguientes: 1ª) la de quienes interpusieron recurso en tiempo y forma todavía no resuelto; 2ª) la de quienes no recurrieron en tiempo y forma o recurrieron, pero sin ver satisfecha estimatoriamente su pretensión; y 3ª) las de quienes sufren una aplicación incorrecta de la ley declarada inconstitucional tras la publicación de la sentencia que así lo dispone.

Naturalmente que en el primero de los supuestos no se plantea problema alguno, porque " *las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*" (artículo 38.1 de la LOTC ). No niego que en estos casos pueda hablarse de retroactividad siempre que se acepte que se trata de lo que la mejor doctrina ha denominado "retroactividad de grado medio", lo que resulta único e insuficiente bagaje para sostener el efecto "ex tunc" de las sentencias de inconstitucionalidad con nulidad.

Tampoco plantea especial conflictividad el tercero de los supuestos indicados, pues el perjudicado podrá interponer el recurso que resulte procedente para ser reestablecido en su derecho.

El verdadero problema se plantea en relación con quienes no recurrieron o recurrieron pero obteniendo un resultado desestimatorio o en general no favorable a sus intereses.

En tales casos, hay que distinguir entre sentencias que fijan expresamente el alcance de la nulidad y aquellas en las que el Tribunal Constitucional guarda silencio sobre dicho alcance.

Si existe pronunciamiento expreso respecto de los efectos de la nulidad, se hace referencia en ellas también a la necesidad de salvar lo dispuesto en el artículo 40.1 de la L.O.T.C ., tal como antes ha quedado señalado. Pero además, y como demostración del peculiar carácter de la nulidad por inconstitucionalidad, existen Sentencias de Tribunal Constitucional que aplazan sus efectos de aquella, especialmente en procesos en los que se dilucidan cuestiones competenciales. Así ocurrió en la Sentencia 195/1998, de 1 de octubre , en relación con el recurso de inconstitucionalidad de Ley 6/1992, de 27 de marzo , por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja y en donde para evitar los perjuicios a la protección, conservación, restauración y mejora del espacio natural de las Marismas de Santoña, se afirma que " *la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente.*" En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2005, de 20 de abril, que se remite a la 195/1998 a que acabamos de referirnos.

Otro ejemplo, para salvaguardar otros intereses igualmente legítimos, lo tenemos en la Sentencia 54/2002, de 27 de febrero , dictado en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra el artículo único de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril , por la que se determinaba la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, Sentencia en la que se hace de modo expreso una declaración de nulidad "pro futuro", pues en el Fundamento de Derecho 9 puede leerse lo siguiente:

" *En el asunto que nos ocupa debemos traer a colación, a la hora de precisar el alcance en el tiempo de nuestra declaración de nulidad, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE ), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC , según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada» en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales. Ahora bien, la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE ) también reclama que -en el asunto que nos ocupa- esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz «pro futuro», esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. En efecto, al igual que dijimos en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero F. 11, 180/2000, de 29 de junio, F.7 sobre la Ley riojana 2/1993, de Presupuestos , y 289/2000, de 30 de noviembre, F. 7 sobre Ley balear reguladora del Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE ) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia «ex tunc» a nuestra declaración de*





*nulidad distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, tanto por los Municipios vascos como por los particulares, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las Haciendas Locales a que se refiere el art. 142 CE."*

Vemos que con la aplicación de la limitación del artículo 40.1 de la LOTC y con la invocación de distintos principios o justificándolo en distintas razones, es clara la tendencia en las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, incluso en las que proclaman la nulidad, a afirmar su eficacia "pro futuro", de tal forma que hoy puede afirmarse que la doctrina del Tribunal Constitucional se ha incorporado a los vientos de prospectividad que desde la Sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU en el asunto "Linkletter vs Walter", corrían en los países de nuestro entorno y de lo que es ejemplo el Tribunal Constitucional austríaco y el Tribunal Constitucional alemán, que a partir de 1970 reconoce las siguientes modalidades de sentencias de declaración de inconstitucionalidad:

- a)** Sentencias que declaran que una ley es inconstitucional en la medida en que no se reforme en determinado plazo o antes de determinada fecha.
- b)** Sentencias que declaran la inconstitucionalidad pro futuro.
- c)** Sentencias que declaran la inconstitucionalidad con retroactividad, pero que no es efectiva hasta que el legislador la complete con determinadas medidas y siempre respetando la cosa juzgada salvo en Materia sancionadora.

Pero también hay sentencias del Tribunal Constitucional con silencio respecto de sus efectos. Un ejemplo típico es el de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, que declaró la nulidad de la mayor parte del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. Y sin ir muy lejos, la Sentencia 68/2007, de 28 de marzo, de la que deriva la del Pleno de esta Sala, se limita a declarar "*inconstitucional y nulo*" el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

Ahora bien, ante el silencio del Tribunal Constitucional en cuanto a los efectos de la nulidad podrán extraerse las consecuencias que se estimen oportunas, pero siempre con la limitación del respeto a las situaciones consolidadas, que viene impuesta por el artículo 40.1 de la LOTC, en su condición de precepto tributario del artículo 161.1 .a) de la Constitución. El Tribunal Constitucional dejó claro al hablar de "*mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC*" (Sentencia 54/2002, de 27 de febrero antes reseñada).

Dicho lo anterior tengo interés en resaltar que el respeto a las situaciones consolidadas ha sido doctrina reiterada en esta Sala en el caso de anulación de disposiciones generales. Y en el caso de la Sección Segunda, que por razones obvias de reparto competencial no ha tratado la materia de responsabilidad del Legislador, tuvo oportunidad de hacer referencia al significado del artículo 40.1 de la LOTC, entendiendo que el mismo no suponía una solución diferente en el caso de declaración de inconstitucionalidad a la que se venía manteniendo respecto de los efectos de la anulación de disposiciones generales (Sentencia de 21 de febrero de 1997) y que situaciones consolidadas eran no solo las consagradas así por una sentencia firme, sino las establecidas por actuaciones administrativas también firmes y con equiparación de la nulidad a la derogación a estos efectos. (Sentencia de 26 de diciembre de 1998).

Pues bien, 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.

Y es en este punto en el que no puedo compartir la tesis mayoritaria y, por el contrario, considero que el recurso contencioso administrativo debió ser desestimado por las razones que expreso a continuación.

Ante todo, en el presente caso, a diferencia de otros que ha conocido la Sala con anterioridad, no existe interposición de acto administrativo que aplique la ley luego declarada inconstitucional, sino que dicha aplicación ha tenido lugar por las Sentencias dictadas, primero por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona y luego por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por lo que la responsabilidad ha de imputarse directamente al legislador.

Pues bien, el recurso contencioso-administrativo debió ser desestimado, teniendo en cuenta que se formalizó contra la desestimación de la "solicitud por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de acuerdo con el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de acuerdo también con el Real



Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial".

Por otra parte, preciso es reconocer que la desvinculación de las declaraciones de inconstitucionalidad y de la nulidad, siempre posible, la graduación de los efectos de ésta última en función de sus características, de principios (como el de proporcionalidad) y de otros valores o intereses protegibles, del orden constitucional de competencias etc... hacen muy dificultosa la afirmación de la existencia de un deber general de indemnizar con anclaje en la Constitución invocando tan solo la declaración de inconstitucionalidad.

Pero admitiendo que exista ese deber de indemnizar por daños ocasionados por el Estado legislador, debo indicar que, tal como señaló la Sentencia 159/1997, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional, citada en el Voto particular que acompaña a las de la Sección Sexta de esta Sala desde la de 21 de junio de 2004 (recurso número 283/2002), es "indudable que un proceso judicial concluido por sentencia firme (art. 245.3 LOPJ) es, a los fines de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, un «proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada»".

Pues bien, el Real Decreto Ley 5/2002, al dar una nueva redacción a los artículos 56 y 57 del Estatuto de los Trabajadores, incidiendo en los llamados "salarios de tramitación", produjo efectos generales dirigidos a todos los ciudadanos y si tuvo lugar individualización en el demandante fue por la interposición de un conjunto de actos que van desde el despido hasta el ejercicio de la opción por el empresario y a sentencia que aplicó una ley luego declarada inconstitucional. Y por ello, la decisión mayoritaria tiene la necesidad de entrar en el interior de la situación jurídica firme creada por la sentencia del Orden jurisdiccional social en la forma que expongo a continuación.

Es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico procesal la expresión "pasar en autoridad de cosa juzgada", como vinculada a la "firmeza" de la sentencia, expresión hoy recogida en el artículo 207.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando señala que "las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas". A esta firmeza (cosa juzgada formal) y solamente a ella es a la que se refiere el artículo 40.1. de la L.O.T.C. cuando indica 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". Notese que se emplea el mismo calificativo del artículo 243 de las Cortes de Cádiz, en el que se declaraba que "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos" y que igualmente utilizó posteriormente el Real Decreto de 21 de marzo de 1834, al prohibir se diese curso a las instancias dirigidas por las Secretarías de Despacho sobre la justicia o injusticia de pretensiones o negocios que se hallaban pendientes en los Tribunales, ni se permitiera la alteración de trámites, ni variar el número de jueces, ni, por último, reabrir pleitos "fenecidos".

Lo anteriormente expuesto supone que la sentencia que obtiene la cualidad de firme modula los rasgos determinantes de la solución que pone fin a la situación jurídica litigiosa, y lo hace con congelación de los mismos y sin posibilidad de que sean objeto de modificación o revisión.

Pues bien, habida cuenta de que, como antes expresé, el Real Decreto Ley 5/2002 produjo efectos generales dirigidos a todos los ciudadanos, la Sentencia del Pleno se ve obligada a realizar una individualización sobre el demandante, pero ello se hace a base de vincularle a una situación jurídica que quedó congelada en la forma indicada por una sentencia firme que aplicó una norma legal válida en su momento, que no puede ser objeto de revisión, razón por la que aquella no puede ser traída nuevamente al debate procesal.

Aún cuando la Sentencia justifique el éxito de la acción de responsabilidad en su independencia respecto de la ejercida en el proceso laboral de despido y en la concurrencia de partes procesales distintas, tiene que reconocer la vinculación a la que nos referimos cuando afirma que "el bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión (se entiende que la de responsabilidad) está, nadie lo duda, claramente conectado con aquél que se solicitó en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia, hasta el punto de que uno y otro pueden llegar a guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica, que les haría así, aunque solo desde esta perspectiva, intercambiables".

Y aún cuando se pueda sostener lo contrario, lo cierto es que no se logra evitar el obstáculo que supone la situación individual consolidada y, consiguientemente, no se respeta; por el contrario, tras abrir la puerta del proceso al que puso fin la sentencia firme, se penetra en aquella y pese a estar petrificada se la hace revivir para tomar los elementos que interesan a fin de realizar una calificación de responsabilidad y consiguiente indemnización. Y por ello, se nos habla en la sentencia del "ejercicio de una acción de responsabilidad



*patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución". Y claro es que como se penetra en la forma expuesta en lo que es una situación "firme" o "consolidada", y no susceptible de revisión, directa o indirecta, es por lo que se produce la paradoja de que 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.*

Expuesta mi opinión en orden a la interpretación del artículo 40.1 de la LOTC y antes de llegar al final, no quiero dejar de señalar que no me resulta posible encontrar un argumento que justifique la aplicación de un criterio en el caso de anulación de disposiciones generales y otro diferente en el caso de declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las leyes, como es el caso que ahora nos ocupa.

Y no quiero tampoco finalizar sin hacer referencia a las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en recurso de amparo contra sentencias formuladas contra las del orden jurisdiccional social que habían aplicado lo dispuesto en el artículo 2.3 del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo. Y me refiero especialmente a la Sentencia 84/2008, de 21 de julio, que ha servido de guía a otras posteriores y que, de un lado, recuerda la referencia contenida en la Sentencia 159/1997, de 2 de octubre, a lo que debe entenderse por sentencia firme y su relación con el artículo 40 de la LOTC, y de otro, a la hora de enjuiciar la infracción del principio de igualdad, declara:

*"Finalmente, tampoco puede apreciarse una vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley derivada de la limitada vigencia temporal del Real Decreto-ley 5/2002 y, en particular, de la modificación, pocos meses después de su entrada en vigor, de la medida aquí cuestionada, lo que habría determinado, según se dice, una diferencia de trato entre trabajadores en función únicamente de la fecha de su despido. Como recuerda el Ministerio Fiscal en sus alegaciones es doctrina reiterada de este Tribunal que el art. 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos (por todas, SSTC 38/1995, de 13 de febrero, F. 4; y 339/2006, de 11 de diciembre, F. 3)."*

Con lo expuesto, mi conclusión ha de ser forzosamente la misma que se ha expresado en el Voto particular que repetidamente acompaña a las distintas Sentencias de la Sección Sexta sobre responsabilidad patrimonial por actos administrativos que aplican leyes luego declaradas inconstitucionales, que comparto en todos sus extremos, y, por tanto, he de finalizar diciendo, al igual que en dicho Voto, que "(el) principio de seguridad jurídica" impone la consolidación de situaciones confirmadas por sentencia firme o por actos administrativos de la misma naturaleza, (por lo que) no procede sustituir, sin desvirtuar tal principio, la imposible revisión del acto por una equivalente indemnización de daños y perjuicios, pues ello, además, desnaturalizaría lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia antes invocada del Tribunal Constitucional y de esta Sala, puesto que en definitiva se trata por ambos medios de obtener el mismo resultado que se concreta, en definitiva, en la reparación del perjuicio ocasionado, expresado, en caso de liquidaciones fiscales, en una devolución de ingresos con sus intereses y, en el supuesto de actos no fiscales, y ante la imposible reparación in natura, en el abono de las cantidades dejadas de percibir con sus intereses o, lo que es lo mismo, con la correspondiente actualización monetaria."

En los términos indicados, y reiterando mi respeto y acatamiento de la decisión mayoritaria, queda expresado mi criterio en el sentido de que la Sentencia del Pleno debió desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Fdo.Manuel Martín Timón Fdo. Emilio Frias Ponce

Voto Particular

#### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA:02/06/2010**

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina y al que se adhiere la Magistrada Excmo. Sra. D<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disentir de la mayoría en la decisión adoptada en la sentencia que resuelve este recurso ordinario (c/a) número 588 de 2008.

Con pleno respeto a la opinión mayoritaria y jurisprudencia de la Sala, con la que comparto la sustancial consideración de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley como título de imputación de la responsabilidad patrimonial por la aplicación de actos legislativos y también la consideración de la acción de



responsabilidad como ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que resuelve la impugnación del acto de aplicación, vengo a mostrar las razones de mi discrepancia, que se refieren a la incidencia que, no obstante, tiene la firmeza o consolidación de la situación jurídica creada por el acto de aplicación sobre la viabilidad de la acción de responsabilidad y el alcance que la declaración de inconstitucionalidad puede tener en relación con el mantenimiento de tales situaciones jurídicas consolidadas.

**PRIMERO.-** Desde la general concepción de la responsabilidad patrimonial como institución dirigida a garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de los poderes públicos en cuanto afecta de manera negativa a su situación jurídica, causándoles una lesión que no tienen el deber de soportar, resulta significativo que el art. 139.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiera a la indemnización "por la aplicación de actos legislativos", pues es el acto de aplicación de la Ley (que se puede plasmar en distintas formas según el contenido de la misma) el que proyecta su incidencia material en la situación jurídica del ciudadano, sin el cual la declaración de inconstitucionalidad de la norma (título de responsabilidad que aquí se examina) puede no tener efecto alguno sobre el patrimonio del particular y por lo tanto no cabría hablar en abstracto de lesión objeto de indemnización.

Pero no basta con la existencia de una lesión, es necesario que la misma sea indemnizable, condición que sólo se predica de aquel daño o perjuicio que el particular no tenga el deber de soportar, como establece con carácter general el art. 141.1 de la Ley 30/92 y de manera específica, en relación con la responsabilidad por la aplicación de actos legislativos, el citado art. 139.3 de la misma Ley, y es la determinación de esta condición de antijuridicidad del daño la que necesariamente nos conduce al examen de la efectividad del acto de aplicación, pues, en la medida que el ordenamiento jurídico imponga al particular la sujeción a los efectos del mismo, que es tanto como el deber jurídico de soportarlos, faltará ese requisito fundamental para que el ejercicio de la acción de responsabilidad pueda tener éxito. Y es el caso que tal acto de aplicación -en general y refiriéndonos a los de naturaleza administrativa que constituyen la mayoría de los casos en que se ha planteado la cuestión-, en razón de su presunción de validez y eficacia inmediata (art. 57 Ley 30/92), constituye al particular en el deber jurídico de soportar la situación creada por el mismo en cuanto no sea objeto de revisión como resultado de la correspondiente impugnación, quedando consentido y firme, o la impugnación resulte desestimada en virtud de sentencia judicial firme, lo que es predicable de los supuestos como el que nos ocupa en los que la aplicación de la ley se plasma en una sentencia judicial firme; y es que, como señala la sentencia de 13 de enero de 2000, entre los títulos que determinan o imponen jurídicamente el perjuicio, se encuentran la "ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza".

El derecho a la indemnización se anuda, por lo tanto y en estos casos, a la vida jurídica del correspondiente acto de aplicación, cuya efectividad es la causa inmediata de la lesión o perjuicio que el afectado invoca como indemnizable. Ello no supone negar la posibilidad del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, que tiene su título en la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, sino constatar la falta de éxito de tal acción en cuanto no concorra uno de los requisitos esenciales para ello, cual es la antijuridicidad del daño, que no se predica en razón de la antijuridicidad del acto de aplicación sino de la inexistencia de un deber de soportarlo. Tampoco supone desconocer la autonomía y la distinta naturaleza, contenido y alcance de la acción de responsabilidad patrimonial, por el contrario, son precisamente tales circunstancias las que la hacen inhábil para privar de sus efectos al acto administrativo o la sentencia judicial firme, que son los que imponen al particular el deber jurídico de soportar la lesión denunciada, es decir, inhábil para obtener mediante su ejercicio aquello que no se ha obtenido a través de las acciones de impugnación previstas en el ordenamiento jurídico para privar de efectos a tales situaciones consolidadas, efectos que son los que constituyen el perjuicio cuya reparación se pretende y que se tratan de eliminar por esta vía impropia e inhábil para ello. Otro sería el caso en el que los perjuicios cuya reparación se pretende no se refieran ni tratan de sustituir el contenido y las consecuencias patrimoniales que constituyen el efecto propio del acto de aplicación que el interesado tiene el deber de soportar.

Por otra parte, entiendo que con la referencia a actos firmes y en concreto a sentencias firmes, se alude a situaciones jurídicas consolidadas en el sentido de inatacables por los medios de impugnación y revisión establecidos en el ordenamiento jurídico y ello como una situación previa a la declaración de inconstitucionalidad y, por lo tanto, al margen de los efectos que dicha declaración pueda desplegar respecto de las mismas, cuestión a la que me referiré seguidamente. Por la misma razón entiendo que con la indicación de la firmeza de la sentencia no se alude a la fuerza de cosa juzgada en otro proceso, o cosa juzgada material, y menos aún en relación con el iniciado en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, cuya autonomía y distinto contenido descartan el planteamiento de tal cuestión.





En definitiva, no resulta compatible la subsistencia de la efectividad del acto de aplicación de la norma con el éxito en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, al subsistir el deber jurídico de soportar tales efectos, para cuya eliminación no resulta hábil dicha acción de responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDO.-** El segundo aspecto de mi discrepancia con la opinión mayoritaria de la Sala, atañe al alcance que la declaración de inconstitucionalidad puede tener en relación con el mantenimiento de tales situaciones jurídicas consolidadas y, en consecuencia, del deber jurídico del particular de estar a su contenido, cuestión que implica examinar las normas que, en mayor o menor medida, regulan los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, sustancialmente los arts. 161.1.a) de la Constitución y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.).

Pues bien, en los casos que el Tribunal Constitucional precisa en la sentencia el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, supuestos a los que se refieren las sentencias de 1 de julio y 18 de septiembre de 2003 y 2 de febrero de 2004, relativas a la responsabilidad derivada de la aplicación de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 8/1989, Tasas y Precios Públicos, declarada inconstitucional por sentencia 194/2000, de 19 de julio, en la que se indica que "al igual que en otras ocasiones, y por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), conviene declarar que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC)", esta Sala ha rechazado la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada, señalando que: "la expresa prohibición del Tribunal Constitucional veda cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión, que sí alcanzaría sin duda a la acción de revisión del artículo 102 de la Ley Reguladora de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, que, por obvias razones de seguridad jurídica, ha de hacerlo también con la que deriva de los artículos 139 y siguientes de la misma Ley. Entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional".

Mi discrepancia surge en los casos en que falta tal declaración del Tribunal Constitucional, pues entiendo que a falta de determinación de efectos en la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, ha de acudirse a las previsiones legales existentes al respecto y la interpretación que de las mismas efectúa el Tribunal Constitucional, según dispone el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto el art. 161.1.a) de la Constitución establece que las sentencias recaídas en aplicación de la ley declarada inconstitucional no pierden el valor de cosa juzgada, y el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dispone 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", precepto que como señala la STC 215/1989, de 11 de enero, no hace más que matizar lo dispuesto en el art. 161.1.a) de la Constitución.

Tales preceptos han sido interpretados por el propio Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, así en la 45/1989 de 20 de febrero, comienza recordando que: "de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, f. j. 6º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad 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". Y en cuanto a las precisiones sobre la revisión de actuaciones previas, señala que: "entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las 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". En el mismo sentido las sentencias 195/1984, de 28 de junio, 179/1994, de 16 de junio y 22/1996, de 18 de marzo.



De manera específica y para el caso de que la sentencia no contenga declaración sobre sus efectos, el Tribunal Constitucional señala en su sentencia 159/1997, de 2 de octubre, que "no estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40,1 LOTC, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (SSTC 45/1989, 55/1990 y 128/1994)". Razona dicha sentencia en cuanto al alcance del art. 40 en los supuestos de existencia de sentencia judicial firme, habiéndose invocado por el recurrente en el proceso la inconstitucionalidad de la norma aplicada y rechazado por el Tribunal el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, que se mantiene el respeto a la situación consolidada por dicha sentencia y no puede ser objeto de revisión, ya que: "resulta indudable que un proceso judicial concluido por sentencia firme (art. 245,3 LOPJ) es, a los fines de lo dispuesto en el art. 40,1 LOTC, un "proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada" aun cuando dicha sentencia haya sido objeto de un ulterior recurso de amparo. Que en una interpretación literal de dicho precepto es así, ninguna duda ofrece; ni tampoco que otro entendimiento del citado art. 40,1 LOTC llevaría a la inadmisibles conclusión de que las sentencias firmes y definitivas de los órganos judiciales carecen de fuerza material de cosa juzgada hasta que transcurre el plazo de 20 días previsto en el art. 44,2 LOTC sin que se interponga recurso de amparo contra ellas o, interpuesto tal recurso, hasta que este Tribunal declara su inadmisión a trámite o dicte sentencia denegando el amparo solicitado. A lo que cabe agregar, por último y más fundamentalmente, que ello sería a todas luces contrario a lo establecido en el inciso 2 del art. 161,1 a) CE como antes se ha indicado; pues este precepto claramente excluye que mediante una declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley pierdan el valor de cosa juzgada la sentencia o las sentencias recaídas, mientras que, en cambio, extiende los efectos de esa declaración a la jurisprudencia que ha interpretado la norma".

En los votos particulares a dicha sentencia 159/1997 se aboga por la revisión de los procesos en los que la parte hubiera interesado sin éxito el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, siempre que se haya planteado oportunamente recurso de amparo, sin embargo, tales planteamientos no han tenido reflejo en la modificación de la LOTC que se ha producido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica el apartado 2 del art. 40, manteniendo la redacción del apartado 1 y, en consecuencia, la interpretación que del mismo viene efectuando el Tribunal Constitucional.

Por lo demás, dicho Tribunal señala la vinculación a las previsiones del art. 40 de la LOTC en cuanto al respeto de las situaciones consolidadas creadas al amparo de la ley cuya inconstitucionalidad se declara (STC 147/1986, de 25 de noviembre), y en la sentencia 54/2002, tras indicar que tales previsiones constituyen un mínimo impuesto por el precepto, añade que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. En semejantes términos, la sentencia 14/2007, de 18 de enero, tras apreciar la inconstitucionalidad del art. 19.a) de la Ley del Parlamento Vasco 9/1989, de Valoración del Suelo, señala que: "Sentado lo anterior, y siguiendo la doctrina de la STC 54/2002, de 27 de febrero (FJ 9), debemos precisar el alcance de esa declaración de nulidad. Al respecto, el art. 40.1 LOTC, dispone que las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes "no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada" en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales. Ahora bien, más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC y en aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica en el asunto que nos ocupa, esta declaración de inconstitucionalidad no podrá alcanzar a aquellos procedimientos administrativos y procesos judiciales en los que haya recaído una resolución firme". Por su parte la sentencia 295/2006, de 11 de octubre establece que: "Llegados al fin de nuestro enjuiciamiento y antes de pronunciar el fallo sólo nos queda precisar cuál es el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que lo integra. Pues bien, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), procede declarar que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquéllas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC). En los mismos términos se expresa la Sentencia 179/2006, de 13 de junio.

En consecuencia, entiendo que la falta de pronunciamiento en la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, conduce a la aplicación de las tales previsiones legales, con el alcance que les viene atribuyendo el Tribunal Constitucional y que supone la subsistencia de las situaciones jurídicas consolidadas no sólo en virtud de sentencia firme sino de actos administrativos también firmes, que impiden, no el ejercicio sino la eficacia o éxito de la acción de responsabilidad, en términos semejantes a los apreciados en las citadas sentencias de esta Sala de 1 de julio y 18 de septiembre de 2003 y 2 de febrero de 2004, que se fundaban en una expresa declaración de efectos del Tribunal Constitucional equivalente y coincidente con esas previsiones legales.



**TERCERO.-** No está demás abundar en la incidencia de la seguridad jurídica en esta materia, partiendo del alcance de la misma que establece el Tribunal (STC 235/00, de 5 de octubre ) cuando señala que "la seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio (SSTC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990 )", seguridad jurídica que opera como límite tanto en la determinación del alcance de la norma como en la aplicación de la misma, reflejándose significativamente en las previsiones legales y doctrina de la Sala sobre el alcance de la declaración de nulidad de una disposición general, en la que también se pondera el principio de seguridad jurídica como justificación del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas, referencia que se hace salvando las diferencias, pues como tales normas reglamentarias son susceptibles de control judicial (art. 106.1 CE y art. 1 LJCA ) y por lo tanto de impugnación ante los Tribunales, ya sea directamente o como fundamento de la impugnación de los actos de aplicación de las mismas (arts. 25 y 26 LJCA ), con los consiguientes pronunciamientos sobre la indemnización de los daños causados, ya sea como pretensión derivada de la anulación del acto de aplicación (arts. 31.2 LJCA ) o al margen de ello cuando se den las circunstancias de los arts. 139.2 y 141.1 de la Ley 30/92 , como señala el art. 102.4 de la misma, entre las cuales se encuentra la exigencia de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar la lesión o daño.

A tal efecto el art. 73 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción recoge, adaptada el proceso contencioso administrativo, la regla general, ya establecida en el art. 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , según la cual la anulación de una disposición general no afecta a la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la misma, criterio mantenido por la jurisprudencia, por todas las sentencias de 17 de julio de 2003 que cita las de 4 de julio de 2000, 17 de octubre de 1996, 7 de febrero de 1998 y 19 de julio de 1999 , señalando esta última que: "como declaró la Sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1996 , entre otras muchas, y recuerda la de 7 de febrero de 1998, recaída, precisamente, en un recurso estimado en interés de Ley y, por tanto, con doctrina vinculante -art. 100.7 de la vigente Ley Jurisdiccional , por lo demás efecto común a la sentada en cualquiera de las modalidades casacionales siempre que se de una identidad de circunstancias y de realidad social en cuyo contexto haya de aplicarse la norma-, aun cuando es cierto que la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho a tenor de lo expresamente establecido en el art. 47.2 de la Ley Procedimental aquí aplicable -la de 17 de julio de 1958 , hoy 62.2 de la vigente de 26 de noviembre de 1992- debe producir sus efectos "ex tunc" y, por consiguiente y en principio, pierde la virtualidad legitimadora de cualquier acto que en ella pretenda ampararse, no lo es menos que, por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, esta eficacia se encuentra atemperada por el precitado art. 120 de la referida Ley Procedimental , aplicable tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los de recurso jurisdiccional, que dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición declarada nula -hoy reconoce este efecto el art. 73 de la vigente Ley Jurisdiccional - con equiparación, por tanto, de la anulación a la derogación, aunque solo, como queda dicho, respecto de los actos firmes, subsistiendo en cuanto a los de diferente naturaleza la posibilidad de impugnarlos si así lo permite la legalidad aplicable una vez declarada nula la disposición general".

**CUARTO.-** El planteamiento anterior conduciría, en mi opinión, a la desestimación del presente recurso, en cuanto la reclamación que se formula no tiene otro objeto que la privación de los efectos propios de la sentencia judicial firme de 18 de noviembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social , que, en aplicación de la normativa vigente en el momento, fijó la correspondiente indemnización por despido improcedente, que el recurrente pretende incrementar con los salarios de tramitación, atribuyendo a la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo un efecto, como es la revisión de la situación declarada en dicha sentencia, que según la doctrina del Tribunal Constitucional no tiene y a través de una acción de responsabilidad patrimonial que no es hábil para ello.

Fdo. Octavio Juan Herrero Pina Fdo. Maria del Pilar Teso Gamella

Voto Particular

#### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA:02/06/2010**

Voto particular concurrente que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por cuanto estando conforme con la parte dispositiva de la sentencia que resuelve el recurso **588/2008** considero que debo efectuar alguna matización a su fundamentación.

Con absoluto respeto a la posición que se mantiene en la sentencia mayoritaria, he de mostrar mi disconformidad con algunas de las afirmaciones que en la misma se contienen.



En mi opinión, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al establecer que "las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de las leyes..... no permiten revisar procesos parecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones, o actos inconstitucionales...", no pretende establecer una excepción a las reglas de la cosa juzgada material, tal y como sostiene la sentencia mayoritaria, sino que el precepto, al referirse a "sentencia con fuerza de cosa juzgada" se refiere a sentencias firmes y por tanto irrecurribles, es decir, se refiere a la cosa juzgada formal, condición esta que en modo alguno se ve alterada por la declaración de inconstitucionalidad que tiene lugar con posterioridad a la firmeza de dichas sentencias y al margen de los efectos que de aquella declaración de inconstitucionalidad puedan derivarse.

Nada afecta, en mi opinión, la declaración el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a la posibilidad de ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, por cuanto, como se afirma en la sentencia de 24 de febrero de 2000, y las que le siguieron, se trata de una acción distinta e independiente de la ejercitada en el proceso seguido para combatir la aplicación de la ley declarada inconstitucional y que dio lugar a la sentencia firme a que se refiere el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; por esta razón discrepo igualmente de quienes sostienen que mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial se pretende subvertir lo resuelto en aquel proceso fenecido, con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Mi discrepancia en este punto se fundamenta en que no sólo estamos ante acciones con contenido distinto si no que el bien jurídico protegido en uno y otro proceso es también distinto. Así, en lo que atañe al caso que ahora nos ocupa, en el proceso seguido ante la jurisdicción laboral el bien jurídico protegido lo eran los concretos derechos del trabajador cuyo reconocimiento se pretendía, en tanto que en el que es objeto del recurso que da lugar a la sentencia a que se formula este voto particular lo es el derecho a la integridad patrimonial del recurrente.

El principio de reparación integral que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite afirmar que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro proceso sean intercambiables, como tampoco permite, en mi opinión, afirmar como fundamento de la no antijuricidad del daño que mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial se pretende obtener lo que no se obtuvo con el ejercicio de las acciones de impugnación de los actos de aplicación de la norma declarada inconstitucional, tratando así de subvertir situaciones consolidadas.

En los casos de "gravamen complementario", con los que se inicia la línea jurisprudencial que ahora se ratifica mediante sentencia del Pleno de la Sala y en el que da lugar a esta sentencia, la pretensión indemnizatoria no se limita o es equivalente a la prestación patrimonial que el particular se vio obligado a realizar en aquellos o a la indemnización de que se vio privado por el Real Decreto Ley cuya declaración de inconstitucionalidad dio lugar al recurso que ahora nos ocupa.

El acto de aplicación cuya impugnación en vía jurisdiccional da lugar a la sentencia con fuerza de cosa juzgada a que se refiere el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se mantiene en su integridad con independencia de la estimación de la acción de responsabilidad patrimonial.

Finalmente y sin ánimo de agotar la cuestión en este punto que entiendo deberá irse perfilando en sentencias posteriores en función de las circunstancias del caso concreto que pueda plantearse, quiero dejar constancia de que, en mi opinión, las circunstancias determinantes de la inconstitucionalidad no son irrelevantes a la hora del ejercicio de una hipotética acción de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.

Si bien es cierto que en aquella sentencia cuya línea jurisprudencial inicia la de 29 de febrero de 2000 se contienen expresiones del tenor "no parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuricidad del daño" ello no supone, en mi opinión, que tal expresión, referida como no podía ser menos al caso concreto entonces examinado, implique que lo que se está afirmando es que la causa de inconstitucionalidad sea siempre irrelevante a aquel efecto. Así, y sin ánimo, como decía, de agotar la cuestión, entiendo que no son equiparables supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida como consecuencia de un cambio de criterio del Tribunal Constitucional, con aquellos en que la inconstitucionalidad resulte de la valoración de derechos susceptibles de amparo o aquellos en que la inconstitucionalidad esté directamente vinculada a la causación del daño, tal y como ocurre en los casos de "gravamen complementario" a que se refieren las iniciales sentencias del año 2000, y de alguna manera, aunque pudiera sostener que no con igual intensidad, acontece en el caso que ahora nos ocupa.

En efecto, en el caso que nos ocupa, tal y como acertadamente razona la sentencia mayoritaria en el fundamento undécimo, existe "una obvia conexión entre el vicio de inconstitucionalidad apreciado y el daño" por las razones que allí se exponen, sin que ello pueda entenderse desvirtuado por la Disposición Transitoria 1ª





de Ley 45/02 ya que, además de las razones que en la sentencia mayoritaria se indican, no puede obviarse, en mi opinión, el peso que en el legislador, a la hora de aprobar la ley 45/02, pudo tener la necesidad de respetar el equilibrio económico de las empresas que habían tomado sus decisiones al amparo del principio de confianza legítima fundado en lo dispuesto en el Real Decreto Ley 5/02, lo que justifica aun más en mi opinión la no obligación de los trabajadores afectados de soportar el daño.

Fdo. Jose Manuel Sieira Miguez

Voto Particular

### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA:03/06/2010**

VOTO PARTICULAR, QUE AL AMPARO DEL ART. 260 DEL LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA EL MAGISTRADO DON Luis Maria Diez-Picazo Gimenez A LA SENTENCIA DE FECHA 2 DE JUNIO DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO **588/2008**, AL QUE SE ADHIEREN D. Angel Agualló Avilés Y D<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech .

Con el máximo respeto formulo el presente voto particular, por entender que, frente al parecer mayoritario del Pleno de la Sala, este recurso contencioso-administrativo habría debido ser desestimado. Las razones de mi discrepancia son de dos órdenes. Por un lado, creo que el presente caso presenta notables diferencias con respecto a todos los demás supuestos que anteriormente han llevado a esta Sala a reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales. Estas diferencias habrían permitido, en mi opinión, desestimar el recurso contencioso-administrativo sin necesidad de apartarse de la construcción jurisprudencial existente hasta ahora. Por otro lado, incluso si las mencionadas diferencias se reputasen irrelevantes, pienso que esa jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales carece de una justificación suficientemente convincente; y ello tanto porque dicha forma de responsabilidad patrimonial no tiene fundamento en el ordenamiento español, como porque tropieza con lo dispuesto por el art. 40.1 LOTC . De aquí que la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales hubiese merecido ser reconsiderada por el Pleno de esta Sala. Es conveniente, para lograr la máxima claridad expositiva posible, analizar separadamente las distintas cuestiones enunciadas.

I

Comenzando por los rasgos diferenciales de este caso, es preciso señalar que en todos los supuestos en que hasta ahora se había reconocido el derecho a indemnización por la aplicación de una norma legal inconstitucional concurrían dos circunstancias: primera, la norma legal fue declarada inconstitucional porque su propio contenido resultó ser contrario a la Constitución, no por defectos en su procedimiento de elaboración; y segunda, la norma legal fue aplicada mediante actos administrativos, tales como liquidaciones tributarias o remuneraciones a funcionarios públicos. Ninguna de estas dos circunstancias, como se verá a continuación, se da en el presente caso.

1) El objeto de la declaración de inconstitucionalidad hecha por la STC 68/2007 no es uno o varios de los preceptos recogidos en el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, sino ese texto en su conjunto. La razón por la que el Real Decreto-Ley 5/2002 fue declarado inconstitucional fue la falta del llamado "presupuesto habilitante", es decir, la ausencia de la "extraordinaria y urgente necesidad" que el art. 86 CE exige para que el Gobierno pueda dictar ese tipo de disposiciones con fuerza de ley.

No es ocioso observar incidentalmente que ésa fue la primera ocasión en casi treinta años en que el Tribunal Constitucional, separándose de una ininterrumpida actitud de profunda deferencia frente al Gobierno en la apreciación de la urgencia, declaró la inconstitucionalidad de un decreto-ley por falta del mencionado presupuesto habilitante. Si se llama la atención sobre este extremo es porque la declaración de inconstitucionalidad era objetivamente poco previsible, lo que puede tener relevancia a la hora de enjuiciar daños achacados a la aplicación de leyes inconstitucionales.

Dicho lo anterior, adoptando una terminología arraigada en este campo, puede decirse la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 5/2002 no fue "material", sino "formal"; es decir, se debió a un defecto en el modo de elaboración, no a un defecto en el contenido normativo. Este dato es importante porque lo inconstitucional no es la supresión de los llamados "salarios de tramitación" como concepto indemnizatorio en el despido improcedente, que el recurrente indica como causa del daño. La STC 68/2007 no dice que la existencia de los referidos salarios de tramitación venga constitucionalmente impuesta: no son expresión de un derecho fundamental, ni hay ningún principio constitucional que exija su mantenimiento. Que los salarios de tramitación sean o no un concepto indemnizatorio en el despido improcedente es una opción libre del legislador. Pues bien, viniendo al presente caso, todo ello significa que el daño que el recurrente dice haber sufrido no proviene



de la aplicación de una norma en sí misma inconstitucional, sino que proviene más bien de que las normas aplicadas -o sea, los arts. 56 y 57 del Estatuto de los Trabajadores tal como quedaron redactados por el Real Decreto-Ley 5/2002 - no habrían existido si no se hubiera aprobado el citado Real Decreto-Ley 5/2002. Esta es una situación muy distinta, por no citar más que un ejemplo, de la abordada en el supuesto con que la STS de 29 de febrero de 2000 dio inicio a la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales: allí se trataba de una norma tributaria, relativa al gravamen complementario sobre la tasa del juego, que fue declarada inconstitucional por prever su aplicación retroactiva; es decir, lo inconstitucional era el contenido, no el continente.

Ciertamente, no sería razonable minimizar la importancia de la inconstitucionalidad formal, ni tendría sentido entrar en una polémica sobre si es menos grave que la inconstitucionalidad material. La supremacía de la Constitución exige un respeto escrupuloso por todos sus preceptos, independientemente de que regulen procedimientos o establezcan límites sustantivos a la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, hay una diferencia entre sufrir la aplicación de una norma contraria a los principios constitucionales y sufrir la aplicación de una norma que, sin ser en sí misma inconstitucional, no habría debido existir: en la primera hipótesis, el patrimonio del particular es perjudicado como consecuencia de una agresión directa al mismo, lo que no ocurre en la segunda hipótesis. En ésta última, la norma inconstitucional tiene una relevancia meramente causal, no de ilicitud intrínseca del daño.

Esta diferencia habría permitido sostener que el presente caso no encaja dentro de la jurisprudencia hasta ahora existente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales, máxime si se tiene en cuenta que, cuando pocos meses después la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, reintrodujo los salarios de tramitación, el legislador habría podido ordenar su eficacia retroactiva al período de siete meses en que estuvieron suprimidos o incluso contemplar alguna forma de compensación para quienes en ese período habían visto menguadas sus indemnizaciones por despido improcedente. Pero la verdad es que no lo hizo. Y no es misión de los tribunales contencioso-administrativos paliar las consecuencias de las variaciones temporales en el régimen jurídico de una determinada institución. Recuérdese que, según ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el cambio normativo no supone una discriminación atentatoria contra el art. 14 CE.

2) La otra circunstancia que distingue al presente caso es que no hubo una aplicación administrativa de la norma más tarde declarada inconstitucional. Aquí sólo ha habido una aplicación de los arts. 56 y 57 del Estatuto de los Trabajadores, tal como quedaron redactados por el Real Decreto-Ley 5/2002, por parte del Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona que, al conocer de un despido improcedente, no pudo incluir los salarios de tramitación en la indemnización correspondiente; sentencia que fue confirmada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se trata de aplicación judicial derecho en estado puro. Así las cosas, la pregunta es por qué el daño -consistente en la imposibilidad de incluir los salarios de tramitación en la indemnización por despido improcedente- debe ser examinado por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este interrogante no puede ser despachado observando que, dado que ha habido una reclamación de indemnización al Consejo de Ministros, la cuestión pertenece ya a la jurisdicción contencioso-administrativa. Dicha reclamación ante el Consejo de Ministros se limita a provocar un acto administrativo -que, por lo demás, en este caso es presunto- contra el que poder recurrir en vía contencioso-administrativa; pero no transforma el fondo del asunto en una cuestión de derecho administrativo. Quien aplicó la norma legal inconstitucional y, por consiguiente, quien ocasionó el daño no fue una Administración Pública: fue un órgano jurisdiccional. La responsabilidad patrimonial regulada en los arts. 139 y siguientes de la LRJ-PAC es la derivada "del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", siendo pacífico desde hace más de medio siglo que en este contexto la expresión "servicios públicos" debe entenderse en un sentido amplio o impropio; es decir, como equivalente de cualquier actividad que entra dentro del ámbito de una Administración Pública. Por ello, aquellas acciones u omisiones que no pueden ser calificadas como actividad administrativa no pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el ordenamiento español, los daños derivados de acciones u omisiones del Poder Judicial tienen un régimen jurídico distinto, que está previsto, como es notorio, en el art. 121 CE y desarrollado en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ. De este régimen jurídico conviene ahora destacar un aspecto: es mucho más matizado y restrictivo. A diferencia de lo que ocurre con las Administraciones Públicas, los daños causados por el Poder Judicial no son indemnizables cuando provienen de funcionamiento normal. Es necesario que haya habido una acción u omisión anormal, en el sentido de no ajustada a derecho o, en su caso, a las correspondientes pautas técnicas de comportamiento; y, si el daño proviene específicamente de un acto jurisdiccional, no basta que éste sea anormal en el sentido que se acaba de indicar, sino que es preciso además que se trate de un verdadero error judicial. La Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial han querido, así, que sólo en supuestos



particularmente graves quepa obtener indemnización por daños derivados de la actuación del Poder Judicial; lo que, dicho sea incidentalmente, es un modo indirecto de proteger la independencia de éste.

Pues bien, en el presente caso, dado que el daño fue ocasionado por una aplicación judicial del Real Decreto-Ley 5/2002, la única vía para exigir indemnización era la regulada en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ. Es evidente que una pretensión indemnizatoria formulada por esta vía estaba ineluctablemente condenada al fracaso, pues resulta obvio que ni el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona ni el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cometieron error alguno, sino que se limitaron a aplicar las normas jurídicas que *ratione temporis* regían este caso. Pero la constatación de que una reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial era manifiestamente inviable no es razón suficiente para admitir que pueda reconducirse la pretensión indemnizatoria al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Si ante el daño derivado de una resolución judicial no cabe la responsabilidad patrimonial por error judicial, ello sólo significa que el ordenamiento español reputa ese daño como no indemnizable. Cualquier otra solución conduce a forzar el derecho de daños, creando nuevas formas de responsabilidad patrimonial sin base legal alguna.

II

Hasta aquí, las circunstancias que hacían inaplicable al presente caso, a mi modo de ver, la existente jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales. Pero, como se dejó apuntado más arriba, la justificación de dicha construcción jurisprudencial dista de ser persuasiva, por lo que habría debido ser objeto de reconsideración por el Pleno de esta Sala. Tomando como inexcusable fuente de inspiración el justamente célebre voto particular del Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto a la STS de 21 de junio de 2004, luego reiterado en otras sentencias, la principal causa de mi insatisfacción con la actual jurisprudencia en la materia es la ausencia, en el ordenamiento español, de un fundamento identificable para la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales.

Es importante comenzar el análisis de esta cuestión haciendo dos aclaraciones preliminares. La primera es que el frecuentemente citado inciso del art. 9.3 CE que consagra el principio de responsabilidad de los poderes públicos está muy lejos de ofrecer el fundamento que se busca. Se trata, de entrada, de una proclamación muy genérica, que se refiere a todos los poderes públicos, cualquiera que sea su función (legislativa, ejecutiva, judicial) o su nivel (estatal, autonómico, local); y, sobre todo, se trata de una proclamación atinente en general a la "responsabilidad", no a la responsabilidad "patrimonial". Este dato es muy significativo, porque, cuando la Constitución quiere regular la responsabilidad patrimonial, lo hace expresamente. Así ocurre en el art. 106 CE para la Administración Pública, y en el art. 121 para el Poder Judicial. ¿Por qué, entonces, la responsabilidad patrimonial por actos del Poder Legislativo debería estar fundada en una cláusula genérica, que además, a diferencia de lo que sucede con los dos preceptos constitucionales citados, no define las condiciones y características de dicha responsabilidad? Esta pregunta, para nada retórica, no ha recibido hasta ahora una respuesta convincente. De aquí que sea más razonable -y seguramente más respetuoso de la voluntad del constituyente- interpretar el referido inciso del art. 9.3 CE como un recordatorio de la responsabilidad política que en democracia pesa sobre todos los poderes públicos, es decir, del deber de dar cuenta de sus actuaciones a los ciudadanos, así como de soportar la crítica de éstos.

La otra aclaración preliminar atañe al significado del art. 139.3 LRJ-PAC. Este, como es sabido, dispone: "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." Esta no es la sede idónea para analizar todos los problemas interpretativos que suscita el art. 139.3 LRJ-PAC; pero es de suma importancia destacar que regula la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas -no sólo de la estatal- por la aplicación de leyes conformes a la Constitución. Aunque esto último no está expresamente dicho en el precepto transcrito, se desprende necesariamente del mismo, desde el momento en que el deber de indemnizar por la aplicación de actos legislativos se produce "en los términos que especifiquen dichos actos"; y va de suyo que esos actos legislativos sólo pueden especificar algo si son válidos. Sólo las leyes conformes a la Constitución, en otras palabras, pueden en cada caso determinar las condiciones de la responsabilidad patrimonial derivada de su aplicación. Así, cualquiera que sea el alcance del art. 139.3 LRJ-PAC con respecto a las leyes conformes a la Constitución que lesionan derechos de los particulares, no sirve como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales.

Frente a lo que se acaba de afirmar no cabe objetar que el art. 139.3 LRJ-PAC es expresión de un principio más general que obliga a indemnizar todos los daños derivados de las leyes, tanto si éstas son conformes a la Constitución como si son inconstitucionales. Argumentar en esta dirección supone pasar por alto las muy importantes diferencias que, a efectos de responsabilidad patrimonial, median entre leyes conformes a la Constitución y leyes inconstitucionales. Efectivamente, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de leyes conformes a la Constitución ha sido relativamente poco problemática,



incluso en aquellos casos que no encajan en el art. 139.3 LRJ-PAC porque la correspondiente ley nada prevé sobre el deber de indemnizar. La jurisprudencia de esta Sala -inspirándose en la orientación del Tribunal Constitucional, iniciada por la STC 108/1986 y recogida entre otras en las STC 149/1991 y 28 /1997 - sigue un doble criterio: primero, sólo existe deber de reparar cuando los daños derivados de una ley no tengan alcance general o, si se prefiere, cuando existe un "sacrificio especial"; y, segundo, el daño ocasionado por la ley ha de afectar a un derecho o interés ya integrado en el patrimonio del particular, no a una mera esperanza. Véanse, por citar sólo algunos ejemplos, las STS de 17 de febrero de 1998, 9 de febrero de 1999 y 1 de julio de 2003. Pus bien, es claro que en la responsabilidad patrimonial por leyes conformes a la Constitución el título de imputación -es decir, la razón por la que se impone el deber de indemnizar- es el mencionado sacrificio especial o, si se quiere, la igualdad ante las cargas públicas: unos pocos no deben afrontar el coste de una norma que beneficia a toda la colectividad. El problema estriba en determinar cuán escasos han de ser los lesionados por una ley válida para que quede justificado el deber de indemnizar, problema cuya solución dista de ser fácil. Pero lo que ahora importa es que ese problema es completamente ajeno a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales, que, tal como ha sido configurada hasta ahora por la jurisprudencia de esta Sala, es independiente de que haya un sacrificio especial: el título de imputación en la serie de sentencias que se inicia con la STS de 29 de febrero de 2000 es, más bien, la propia inconstitucionalidad de la ley, sin que haya referencia alguna a la exigencia de igualdad ante las cargas públicas. Más aún, de acuerdo con esa construcción jurisprudencial, cabría teóricamente exigir responsabilidad patrimonial al Estado por una ley, luego declarada inconstitucional, que hubiera sido aplicada a un muy elevado número de personas.

Todo lo anteriormente expuesto da pie para afirmar que las leyes conformes a la Constitución y las leyes inconstitucionales plantean problemas distintos desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, que los títulos de imputación son diferentes en una y otra hipótesis, y que no es incoherente sostener la responsabilidad patrimonial por leyes conformes a la Constitución y rechazar la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales.

El examen de la ausencia de fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales podría terminar en este punto, limitándose a constatar que en el ordenamiento español no hay norma alguna que expresamente la prevea o implícitamente la justifique. Pero, para reforzar esta conclusión, es posible dar un paso más: la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, dentro de la que la jurisprudencia subsume la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales, requiere siempre que el lesionado no tenga un deber jurídico de soportar el daño (art. 141.1 LRJ-PAC). Pues bien, seguramente la máxima objeción a que está expuesta la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales -cuyo título de imputación, como se ha comprobado, es la propia inconstitucionalidad de la ley- es que, en línea de principio, existe un deber jurídico de soportar las leyes inconstitucionales. Puede sonar extraño, pero hay sólidas razones para decir que es así.

Una primera razón es la deferencia que, en una sociedad democrática, merece el legislador. Esta deferencia no le es debida tanto por ser la encarnación de la voluntad popular -no hay que olvidar que el constitucionalismo consiste, entre otras cosas, en establecer garantías frente a la mayoría- como por ser quien adopta las decisiones normativas más importantes. Suele decirse que la ley dispone de un poder de "libre configuración del ordenamiento jurídico" y que su vinculación a la Constitución es puramente negativa; es decir, en la medida en que no vulnere ninguna norma constitucional, la ley goza de libertad para establecer la regulación que tenga por más oportuna en cada materia. Esta posición de la ley en el ordenamiento español es muy distinta de la posición de las disposiciones de rango inferior, que están plenamente sometidas a la ley y al derecho (art. 103 CE) y, por consiguiente, tienen un margen de opción normativa mucho más estrecho. Pues bien, el citado principio de libre configuración del ordenamiento por la ley quedaría seriamente puesto en entredicho si se aceptara que, por el mero hecho de que una ley sea declarada inconstitucional, todos los daños que haya podido ocasionar su aplicación deben ser indemnizados. Este es un punto particularmente débil de la actual jurisprudencia, que, como se dejó apuntado más arriba, 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, que no explica por qué la ley no merece, cuanto menos, un régimen de responsabilidad más restrictivo y circunscrito a supuestos particularmente graves y excepcionales, en la línea del previsto por el art. 121 CE para el Poder Judicial.

Hay otra razón, tal vez más profunda, por la que existe, en principio, un deber jurídico de soportar las leyes inconstitucionales: la inconstitucionalidad de la ley es un tipo de invalidez sumamente peculiar. A diferencia de lo que ocurre con el juicio sobre la validez de otros actos jurídicos, incluidos los reglamentos, el juicio sobre la validez de la ley -o sea, sobre su conformidad con la Constitución- está, en la inmensa mayoría de las ocasiones, muy lejos de ser una mera operación de subsunción. 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. Piénsese, como muestra





de lo que se acaba de decir, que la STC 173/1996, a partir de la cual la STS de 29 de febrero de 2000 dio inicio a la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales, declaró inconstitucional el gravamen complementario sobre la tasa del juego porque tenía eficacia parcialmente retroactiva. Pues bien, no sólo la retroactividad de las leyes tributarias no se encuentra entre las clases de retroactividad constitucionalmente prohibidas por el art. 9.3 CE -tan es así que el Tribunal Constitucional hubo de acudir al principio de seguridad jurídica para fundar su declaración de inconstitucionalidad-, sino que nunca hasta entonces, habiendo tenido ocasiones para hacerlo, había afirmado el Tribunal Constitucional que las leyes tributarias retroactivas fuesen inconstitucionales. Piénsese igualmente, por poner otro ejemplo mucho más cercano, en el caso que nos ocupa: nunca, hasta la STC 68/2007, se había declarado la inconstitucionalidad de un decreto-ley por falta de extraordinaria y urgente necesidad. Con todo esto no se quiere simplemente señalar que, dado el notable grado de imprevisibilidad de muchas declaraciones de inconstitucionalidad, es de alguna manera injusto que la mera inconstitucionalidad de la ley opere como título de imputación de la responsabilidad patrimonial. Se quiere llamar la atención sobre algo aún más importante: la evolución normativa en el moderno Estado democrático de derecho descansa, en gran medida, en una suerte de diálogo entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional, al que normalmente no son ajenos los cambios en la cultura jurídica e incluso en la propia sociedad; y, así las cosas, atribuir responsabilidad patrimonial al Estado por daños derivados de la aplicación de cualesquiera leyes que sean declaradas inconstitucionales equivale a poner serias trabas a dicho diálogo, dificultando el funcionamiento fisiológico del Estado democrático de derecho.

III

La jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales no sólo carece de un fundamento identificable en el ordenamiento español, sino que además tropieza, a mi juicio, con la barrera infranqueable del art. 40.1 LOTC. Dispone el mencionado precepto: "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 las responsabilidades".

El Pleno de esta Sala entiende mayoritariamente que este precepto, que excluye la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad salvo en el supuesto de normas sancionadoras desfavorables, no impide sin embargo que, mediante una acción de indemnización, la persona a quien se aplicó la norma inconstitucional pueda verse resarcida exactamente por la pérdida patrimonial -consistente en daño emergente (por ejemplo, gravamen adicional de la tasa del juego) o en lucro cesante (por ejemplo, supresión de los salarios de tramitación como concepto de la indemnización por despido improcedente)- derivada de la aplicación misma de la norma inconstitucional. En apretada síntesis, puede decirse que 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. A este argumento se añade que, en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no determine en cada caso concreto el alcance de sus sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, corresponde a los tribunales ordinarios la fijación de los efectos de las mismas.

Pues bien, el argumento de que, al no haber cosa juzgada material porque la causa de pedir es distinta, el art. 40.1 LOTC no supone un límite para la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales es, dicho sea con el debido respeto, especioso. Y lo es, de entrada, porque el art. 40.1 LOTC no dice que la cosa juzgada material -esto es, la identidad de sujetos, objeto y causa de pedir- constituya el límite a la posible eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. 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. El art. 40.1 LOTC dice algo bastante más sutil: que está prohibido "revisar procesos fenecidos", entendiendo por tales aquéllos ya resueltos "mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada". Esta última expresión, más que a la cosa juzgada material, hace referencia a la cosa juzgada formal o firmeza; esto es, al carácter definitivo de las sentencias irrecurribles. Y es precisamente de estas sentencias firmes de las que se predica la prohibición de reconsideración del asunto litigioso, so pretexto de que la norma entonces aplicada ha sido luego declarada inconstitucional. 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.

Siempre con respecto al argumento relativo a la cosa juzgada material, es preciso hacer otra consideración: incluso admitiendo a efectos dialécticos que la causa de pedir en la acción de indemnización por la aplicación de una norma inconstitucional es distinta de la utilizada en el proceso fenecido, lo cierto es que esta nueva causa de pedir no existía en aquel momento. No es un fundamento distinto que, en apoyo de la misma pretensión, pudo ser invocado en el litigio originario. Por expresarlo gráficamente, en el presente caso, el recurrente no habría podido acudir al Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona pidiendo que en la indemnización por despido improcedente se incluyeran los salarios de tramitación o que subsidiariamente, de no ser ello posible como consecuencia de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2002, se condenase al Estado al pago de una cantidad equivalente. Ello demuestra que aquí la cuestión nada tiene que ver con la cosa juzgada material, sino que se trata de una pretensión radicalmente nueva, cuyo fundamento es sólo la inconstitucionalidad de la norma aplicada; y dar por buena esta pretensión indemnizatoria equivale a esquivar la inequívoca finalidad del art. 40.1 LOTC: no reabrir, ni siquiera por otras vías, situaciones litigiosas definitivamente resueltas.

Más importante aún, en mi opinión, es deshacer el equívoco según el cual, a falta de específico pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el alcance de cada una de sus sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, corresponde a los tribunales ordinarios fijar los efectos de las mismas. Esta idea no puede ser compartida, porque parte del presupuesto de que los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes carecen de regulación o, por decirlo más suavemente, que su regulación presenta graves lagunas. Ello no es así, pues la regulación se halla en el art. 40.1 LOTC. Se puede discutir hasta qué punto el Tribunal Constitucional goza de algún margen de discrecionalidad para modular los efectos de sus sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, adaptándolas a las circunstancias y necesidades de cada caso. Pero es difícilmente cuestionable que, a falta de pronunciamientos específicos al respecto, los tribunales ordinarios debemos estar a la regla general, que no es otra sino la enunciada en el art. 40.1 LOTC: sólo en el supuesto de normas sancionadoras desfavorables cabe revisar procesos fenecidos. De aquí que el criterio debiera ser, más bien, el opuesto al mantenido por el Pleno de esta Sala; es decir, habrá que estar al tenor del art. 40.1 LOTC salvo que el Tribunal Constitucional haya hecho algún pronunciamiento específico modulando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de que se trate.

A ello hay que añadir que es muy dudoso que los tribunales ordinarios tengan jurisdicción para determinar los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. El art. 123 CE dispone que el Tribunal Supremo "es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales". Pues bien, la más arquetípica de las garantías constitucionales a que hace referencia el art. 123 CE es, sin duda alguna, el control de constitucionalidad de las leyes y de los demás actos con fuerza de ley. Tan es así que, a diferencia de lo que ocurre con otras atribuciones del Tribunal Constitucional, éste ostenta un auténtico monopolio sobre la declaración de inconstitucionalidad de la ley. El juicio sobre la validez de la ley, dicho de otro modo, queda fuera de la esfera de la jurisdicción ordinaria; y es difícilmente discutible que determinar los efectos de una declaración de inconstitucionalidad implica intervenir en el mencionado juicio sobre la validez de la ley. Creo que de aquí se sigue que los tribunales ordinarios no pueden atribuir a las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, aunque sea de manera indirecta, ningún efecto sobre situaciones pasadas distinto de los previstos en el art. 40.1 LOTC.

Por todas las razones expuestas, creo que, como dije al inicio, este recurso contencioso-administrativo habría debido ser desestimado.

Fdo. D. Luis María Díez-Picazo Giménez Fdo. D. Ángel Aguillo Avilés

Fdo. D<sup>a</sup> María Isabel Perello Domenech

*VOTO PARTICULAR*

**FECHA:03/06/2010**

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala el día 2 de junio de 2.010 en el recurso contencioso-administrativo ordinario nº 2/**588/2008**.

Con el mayor respeto a la Sentencia mayoritaria, debo expresar mi coincidencia, en lo substancial, con las consideraciones discrepantes expuestas en los votos particulares de los Excmos. Sres. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

Fdo. Eduardo Espin Templado



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, junto con los votos particulares, por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ