

ÁNGEL FERNÁNDEZ FUERTES*Técnico de la Administración General del Ayuntamiento de Sagunto**Profesor del Centro de Estudios Financieros***Extracto:**

El tema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuenta cada vez con más pronunciamientos judiciales que van perfilando el alcance de esta institución. A fecha de hoy está generalizada la idea de que la Administración asume, como ente instrumental, las obligaciones de pago derivadas de aquellos supuestos en los que el Poder Legislativo genera daños individualizados susceptibles de ser indemnizados.

El presente trabajo pretende profundizar en las consecuencias jurídicas derivadas de aquellos casos en los que la actuación administrativa anulada procede de la Administración de un nivel territorial y la disposición legislativa que la anterior se limita a aplicar, procede de otro nivel territorial distinto.

En esos casos el axioma de que la Administración paga las responsabilidades del legislador plantea una serie de dudas y matices dignos de estudio.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Supuesto de hecho.
- III. Primera precisión: necesidad de que en todo caso la esfera jurídica y patrimonial del ciudadano quede preservada.
- IV. Segunda precisión: aspectos de carácter procesal. Flexibilización del campo de fiscalización y contraste del órgano judicial. Necesidad de aplicar dicho criterio hasta las últimas consecuencias.
- V. Tercera precisión: posición de la Administración. Estado de Derecho y principio de legalidad positiva. Fiel ejecución del marco normativo existente. Capacidad interpretativa. Fatalismo aplicativo.
- VI. Cuarta precisión: entes territoriales distintos. Responsabilidad por decisiones de terceros.
- VII. Quinta precisión: inexistencia de cauces para una delimitación precisa de la responsabilidad en estos casos.
 - a) Participación en el trámite de ejecución de sentencia.
 - b) Acción administrativa de la Administración cuya actuación se anula contra el nivel territorial legislador.
- VIII. Propuestas para la articulación de una solución a este tema.

I. INTRODUCCIÓN

El esquema de organización territorial del Estado diseñado por el Título VIII de la Constitución Española de 1978 sigue planteando, a fecha de hoy, veinticinco años después de su establecimiento formal, serios interrogantes en cuestiones a las que el derecho positivo no da una respuesta expresa.

El modelo abierto planteado por la Constitución en dicho esquema de organización permite la posibilidad de articular soluciones novedosas e innovadoras a problemas que en la práctica se van produciendo, que la normativa existente no ha previsto y cuya laguna es preciso solucionar.

En ese sentido se puede hablar de la otra evolución del sistema, no en la dirección orientada a la ampliación de las competencias de los niveles territoriales autonómico y local, tendencia tan de moda en los últimos tiempos en el panorama político español, sino de la evolución encaminada a mejorar el sistema, a cubrir las lagunas e incertidumbres existentes y, en definitiva, a ensamblar mejor las piezas del edificio estatal que los distintos niveles territoriales y sus correspondientes Administraciones comparten.

En concreto el objeto del presente trabajo se plantea sobre el siguiente problema:

Cuál es la solución que nuestro sistema jurídico actualmente ofrece para aquellos casos en los que una actuación administrativa, y más en concreto de un Ayuntamiento, es impugnada por ciudadanos que se entienden lesionados en sus derechos o intereses por la misma.

Planteado el conflicto judicial y en el intervalo de tiempo que existe entre la demanda y la resolución judicial, la ley que la Administración municipal ha aplicado fielmente para adoptar su resolución es declarada formalmente inconstitucional.

De manera que cuando el órgano judicial ordinario enjuicia las premisas legales aplicables al caso, llega a la conclusión de que el artículo o artículos formalmente declarados inconstitucionales no son aplicables para resolver el litigio, y procede a anular la actuación administrativa municipal por falta de soporte legal de la misma, con las consecuencias jurídicas y económicas que para la Administración municipal se derivan al tener que restituir la situación jurídica individualizada del demandante.

Un caso donde esta situación se ha dado abundantemente es el de la STC 61/1997, de 20 de marzo, por la que se declaró la inconstitucionalidad de numerosos preceptos del Texto Refundido de

la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TR-92).

Desde que se interpusieron los correspondientes recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, y, posteriormente, contra el TR-92, hasta que los mismos fueron resueltos por medio de la sentencia del Tribunal Constitucional indicada, en 1997, hubo múltiples actuaciones administrativas de planeamiento, gestión y disciplina urbanística dictadas a la luz de dicha norma. Muchas de esas actuaciones fueron recurridas judicialmente. Cualquier conflicto judicial que se resolviese después de la sentencia del Tribunal Constitucional se ha encontrado con la necesidad de tener que contrastar las actuaciones administrativas recurridas con preceptos legales declarados inconstitucionales (con independencia de que sea por razones de fondo o de competencia). Y ello ha llevado a muchas sentencias judiciales a considerar que dichos artículos del TR-92 no podían servir de soporte a las potestades administrativas ejercidas, lo que ha determinado la anulación de la decisión administrativa correspondiente.

Varios razonamientos e ideas surgen enseguida al respecto.

Que la actuación judicial es correcta, ya que un precepto legal declarado formalmente como inconstitucional por la instancia competente, el Tribunal Constitucional, en ningún caso puede ser aplicado por un órgano judicial en la resolución de los conflictos que tiene encomendados. Dicho precepto adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, es a todas luces inaplicable. No sería correcto que siguiese produciendo efectos y que se obviase su invalidez.

El particular, en definitiva, ha venido a soportar en su esfera jurídica y patrimonial una acción administrativa fundamentada en un precepto inconstitucional, por lo que procede otorgarle la razón y anular la actuación administrativa.

Sin embargo, también se plantea otra y es, en concreto, si la Administración contra la que se estima el recurso contencioso-administrativo tiene margen de maniobra para actuar de otra forma. La Administración, en principio, es un simple aplicador del derecho que no goza de autonomía de voluntad para decidir libremente si aplica o no determinados preceptos. A ella le corresponde, conforme a las mínimas premisas de un Estado de Derecho, ser el ejecutor de las normas tal y como éstas le vengán dadas.

Es cierto que en la Administración concurre un doble plano: es sujeto de derecho pero es al mismo tiempo creador de una parte importante del derecho que se ve obligado a aplicar.

Lo cual hace en seguida pensar que esa faceta creadora del derecho es comprensiva a su vez de un plano de responsabilidad en las condenas que resulten como consecuencia de una anulación del marco normativo por ella creado, lo que difícilmente se podrá discutir.

Sin embargo, ese razonamiento empieza a ser más forzado en aquellos casos en los que opera directamente una ley, producto normativo ajeno a la capacidad creadora de la Administración, y sin perjuicio de los decretos-leyes y decretos legislativos.

Y se complica más todavía en aquellos casos en los que la norma, con rango de ley o de reglamento, es dictada por otro nivel territorial distinto al que la aplica, como ocurre con las Entidades Locales.

Dicho de otra forma, es cuanto menos chocante desde una perspectiva lógica que un Ayuntamiento tenga que asumir patrimonialmente las consecuencias de que una ley, que ha ejecutado fielmente, sea declarada inconstitucional con posterioridad y ello elimine el soporte legal de su actuación administrativa.

Al final del conflicto judicial, quien paga de sus arcas es el Ayuntamiento, y sin embargo su actuación era formalmente correcta. Al dictar sentencia, el órgano judicial no discute que se haya incumplido la ley por dicha actuación sino que lo que señala es que dicha ley es inválida y por lo tanto inaplicable, porque así lo ha declarado el Tribunal Constitucional. Y, sin embargo, el efecto práctico es el mismo que si la Administración hubiese incumplido una ley correcta: la actuación se anula.

Con ello se atisba una laguna en la asunción de responsabilidades por el desarrollo de una labor legislativa incorrecta. Quien ha dictado una norma inconstitucional, sin embargo, no sería declarado judicialmente responsable de las consecuencias patrimoniales de las actuaciones administrativas anuladas. Al menos con el actual marco normativo.

El caso planteado pone en evidencia otras cuestiones o problemas.

Y así se puede hablar de la importancia que para el principio de seguridad jurídica tiene una labor ágil y rápida de depuración del ordenamiento jurídico y, en concreto, de las leyes y de las normas con rango de ley por parte del Tribunal Constitucional, a los efectos de evitar que leyes inconstitucionales desplieguen sus múltiples efectos durante varios años como sin embargo se está produciendo en la práctica.

Pone también de manifiesto cómo el clásico principio de congruencia judicial, definido y delimitado por las pretensiones de las partes del proceso, cede ante un mayor valor, el de la constitucionalidad de las leyes aplicables. El juez no se limita a juzgar la corrección formal del acto administrativo (su ajuste a la ley), que es lo que le piden las partes, sino que acude al análisis del punto de partida, la validez de la ley aplicada. Lamentablemente su labor de análisis extensivo finaliza ahí, como veremos, sin abarcar la determinación y la concreción del grado de responsabilidad de los poderes públicos implicados.

II. SUPUESTO DE HECHO

Para plantear esta problemática en un nivel esencialmente práctico conviene señalar desde este momento que dicha cuestión se viene manifestando habitualmente en numerosos procesos. Si bien es una situación que ha pasado relativamente desapercibida, y ello por la actitud de las tres partes implicadas.

La Administración demandada, en concreto la municipal, cuya actuación ha sido anulada, se limita, desconcertada, a abonar la indemnización correspondiente o a restituir de cualquier forma la situación jurídica del demandante. Para ella puede resultar injusto, porque no ha hecho una mala aplicación de las normas vigentes en ese momento al supuesto de hecho concreto, pero sin que pueda reaccionar de ninguna otra forma ante el pronunciamiento judicial. El órgano judicial anula su conducta y por lo tanto a ella le corresponde asumir las consecuencias de esa anulación, en fase de ejecución de la sentencia.

El demandante ve satisfecha su pretensión por un argumento sobrevenido y muchas veces no planteado por él, ni en la demanda ni en los demás trámites de argumentación procesal. Esa estimación le evita el tener que plantearse más interrogantes. En definitiva ha ganado el pleito aunque no sea debido a las razones por él esgrimidas.

Y los órganos judiciales se limitan a no hacer aplicación de un precepto que formalmente se ha declarado inconstitucional. Extremo que desde una perspectiva jurídica puede ser correcto, pero que determina una conducta excesivamente aséptica, de indiferencia por determinar el grado de responsabilidad que corresponde a cada poder público en la producción del vicio de invalidez que declaran.

Una cuarta parte que debería estar implicada, el órgano legislador, creador de la ley aplicada al caso y declarada inconstitucional, ni siquiera es llamado formalmente al proceso judicial.

Estas posturas, de satisfacción de sus pretensiones en unos casos, de indiferencia en otros, y de resignación por otras, determina que dicha problemática no haya sido estudiada en profundidad por la doctrina y que, sin embargo, como se ha dicho, sea en la práctica bastante frecuente.

Como punto de partida de la exposición se van a señalar sendos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fechas 28 de abril de 1998 y de 6 de febrero de 1999.

Ambas sentencias conocían de dos supuestos de hecho muy similares: el Plan General de un municipio, a la hora de establecer las correspondientes determinaciones en suelo urbano, preveía la delimitación de unidades de ejecución discontinuas, con carácter preceptivo y no voluntario. A tal efecto se apoyaba dicho planeamiento en lo dispuesto en el artículo 144.2 del TR-92, que establecía que en suelo urbano las unidades de ejecución podían ser discontinuas.

Las determinaciones del Plan General fueron impugnadas por varios propietarios afectados, por vía indirecta, recurriendo los proyectos de reparcelación que desarrollaban sendas unidades de ejecución. Los escritos de interposición se plantearon en 1995.

Cuando en 1998 se enjuician los hechos, el órgano judicial parte de que dicho artículo 144.2 del TR-92 ha sido declarado inconstitucional por la STC 61/1997, y considera, en consecuencia, que no es

aplicable al caso. Al no aplicarse dicho artículo y ningún otro que permita imponer unidades de ejecución de forma obligatoria a los propietarios en suelo urbano y con carácter discontinuo, procede a la invalidación de dicha delimitación.

En concreto, los razonamientos judiciales son, en ambas sentencias, del siguiente tenor literal:

«Antes de cualquier otra consideración hay que hacer referencia a ciertos hechos que han provocado mutaciones sustantivas en el régimen urbanístico del suelo. Efectivamente el 20 de marzo de 1997, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 26 de junio de 1992.

(...)

Desde esta perspectiva hay que afirmar que los únicos preceptos que podrían salvar el diseño que el Plan General de Ordenación Urbana consagra para la Unidad de Ejecución que aquí se contempla es el artículo 144.2 del TR-92, pero este precepto fue declarado inconstitucional por la STC antes mencionada. De igual forma el artículo 31.3 de la Ley 8/1990, tampoco puede ser operativo, dado el pronunciamiento 3.º del fallo de la STC antes aludida. Toda referencia normativa ha de hacerse al TR-76, y a sus reglamentos de desarrollo.

(...)

Consiste en determinar si, desde la normativa que debe ser aplicada, esto es, desde el TR-76, es posible construir de modo coactivo unidades de ejecución discontinuas.

(...)

Sólo pueden ser discontinuas en el supuesto de la reparcelación voluntaria como deriva del artículo 87.3 del RGU-78, en relación con el artículo 98.3 a) del TR-76.

(...)

Por estas circunstancias, es nula la delimitación que el plan hace de la unidad».

Las consecuencias de este planteamiento judicial son que el Ayuntamiento se ve ante una delimitación de una unidad de ejecución invalidada, forzado a tener que indemnizar posibles disminuciones de aprovechamiento subjetivo que le sean alegadas por su aplicación, y con el problema de tener que adquirir de forma onerosa los terrenos dotacionales públicos incluidos dentro del ámbito. Obtención que el Ayuntamiento había articulado haciendo uso de un determinado sistema con soporte en la nor-

mativa legal en ese momento vigente, para su adquisición gratuita pero que se ve totalmente descartada por el órgano judicial, varios años después, y cuando resulta más gravosa.

Con el agravante de que la invalidación del citado artículo 144.2 del TR-92 no se debe a que sea injusta o incorrecta la imposición preceptiva de las unidades de ejecución discontinuas en suelo urbano, sino por un aspecto meramente competencial, al haberse dictado a título de derecho supletorio, considerando el Tribunal Constitucional que el Estado no puede hacer uso de la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución como título competencial para regular una materia. Dicha cláusula, dice el Tribunal Constitucional en la ya indicada Sentencia 61/1997, es un mecanismo para cubrir lagunas normativas y no un título habilitante para legislar.

La consecuencia última en el presente caso es que se producen una serie de detrimentos económicos gravosos para la Hacienda Local, que debe resarcir derechos de terceros por mandato judicial, cuando la Administración municipal se limitó a aplicar la ley.

Este maremagnum de planteamientos requiere ya desde este momento una serie de aclaraciones o de precisiones, así como ir sentando las premisas para llegar a las conclusiones que permitan formular las propuestas que se quieren plantear sobre el tema.

III. PRIMERA PRECISIÓN: NECESIDAD DE QUE EN TODO CASO LA ESFERA JURÍDICA Y PATRIMONIAL DEL CIUDADANO QUEDE PRESERVADA

Con independencia de las consideraciones que se hagan, en todo caso se debe partir de la premisa de que el particular recurrente debe conseguir la estimación de su pretensión, anulándose la actuación administrativa y procediéndose al restablecimiento, en su caso, de su situación jurídica individualizada.

No olvidemos el punto de arranque de la acción administrativa que ha sido objeto de la impugnación. Se está ante la aplicación de un precepto legal que ha sido declarado inconstitucional. Ciertamente que esa declaración formal de inconstitucionalidad es posterior a la pretensión impugnatoria del acto y que en muchos casos incluso ha sorprendido al propio recurrente que no la planteó en su demanda. Y ha sorprendido también a la demandada, la Administración, que no formuló en la contestación a la demanda ninguna defensa de la constitucionalidad de los preceptos que aplicó, limitándose a señalar el ajuste de su actuación a tales preceptos. Ese extremo es indiferente porque en definitiva se está ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, en los términos del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), 2/1979, de 3 de octubre, que señala al respecto que *cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados*, añadiendo el artículo 40 de la misma ley el único límite a los efectos de dicha nulidad de pleno derecho al señalar que *las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las 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 proceso sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Bien es cierto que la aplicación de dichos artículos se ha relajado de forma evidente en la práctica. El planteamiento literal del que hablan los artículos citados supone que el vicio de nulidad de pleno derecho conlleva que su declaración tiene un alcance *ex tunc*, retro trayéndose al momento en el que se dictó la ley invalidada, y eliminando todas sus consecuencias y aplicaciones prácticas. Se pretende en definitiva su eliminación absoluta. Ésa era al menos la tendencia en la que incidía una primera posición del Tribunal Constitucional (STC 167/1986). No obstante la demora en los pronunciamientos de dicho órgano han determinado una escasa aplicación práctica de dicho planteamiento y se ha hecho uso de una línea más flexible de interpretación.

En la práctica, y pese al tenor literal del artículo 40 de la LOTC antes transcrito, subsisten a una declaración de inconstitucionalidad no sólo las sentencias judiciales firmes sino que dicha supervivencia se extiende a los actos administrativos firmes dictados al amparo de dicha ley inconstitucional.

En ese sentido es preciso tener en cuenta la línea abierta por la STC 45/1989, de 1 de octubre, que a tal efecto señaló 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 jurídico».

En virtud de esta línea de interpretación del Tribunal Constitucional, que se ha mantenido (e incluso se ha hecho más extensiva, demorando en diversos pronunciamientos de inconstitucionalidad los efectos de la sentencia hacia el futuro, por todas la STC 195/1998, de 1 de octubre), es posible sostener que los actos administrativos firmes que sean fiel ejecución de una ley o norma con fuerza de ley inconstitucionales pueden mantener su eficacia pese a que el precepto legal que ejecutan sea nulo de pleno derecho.

Extremo que aunque resulte chocante, por el alcance conceptual que se predica de la nulidad de pleno derecho, ha eximido de entrar a una revisión de los millones de actos administrativos y decisiones públicas que se han adoptado en este país durante los años de vigencia de la Ley 8/1990 o de los del TR-92, en materia de Urbanismo, hasta el pronunciamiento que en 1997 realizó el Tribunal Constitucional. Al igual que esa línea de interpretación de la STC 45/1989 eximió en ese caso concreto de la necesidad de revisar los millones de declaraciones conjuntas a los que obligaba el precepto declarado inconstitucional en la Ley del Impuesto sobre la Renta, evitando de paso el cataclismo de la Hacienda Pública estatal.

Se trata de una línea de interpretación del Tribunal Constitucional que en cierta forma conecta con el derecho positivo vigente. En ese sentido no se ha considerado como un supuesto de nulidad de

pleno derecho de los actos administrativos, de los enumerados de forma tasada y expresa en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante RJA-PAC), ni en otras leyes, el que el acto administrativo sea fiel ejecución de una ley declarada inconstitucional. Tampoco figura entre ninguno de los motivos tasados del recurso extraordinario de revisión.

Pese a la gravedad del vicio (ser ejecución fiel de una ley declarada inconstitucional), las normas del Derecho Administrativo postconstitucional y, en concreto, la Ley 30/1992, RJA-PAC, no han planteado siquiera el supuesto, dándole prioridad claramente al principio de seguridad jurídica.

Estos dos referentes, la doctrina del Tribunal Constitucional y el absoluto silencio del derecho positivo, han sufrido, sin embargo, una quiebra como consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo abierta desde el año 2000, por medio de sus Sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio, en las que el Alto Tribunal reconoce el derecho del ciudadano a ser resarcido en aquellas cantidades abonadas como consecuencia de actos administrativos aplicadores de leyes declaradas con posterioridad inconstitucionales. Todo ello por la vía de la exigencia de la responsabilidad patrimonial y ante actos administrativos que han devenido firmes y, en consecuencia, inatacables. Actos administrativos que se mantienen intactos pero en los que no se excluye la devolución por vía indemnizatoria o resarcitoria.

Sin perjuicio de todo lo anterior, en el presente caso es preciso destacar que no se está ante actos administrativos firmes, ya que los mismos están siendo objeto de litigio, de un recurso contencioso-administrativo, en el que se discute su validez. Dicho cauce de discusión no está cerrado de forma definitiva antes de que el Tribunal Constitucional haga su juicio expreso de inconstitucionalidad sobre la ley que ejecutan dichos actos.

Por lo tanto, es evidente que a dichos actos administrativos les debe afectar el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional el precepto legal que da soporte a la actuación administrativa.

Quedan estos casos objeto del presente estudio fuera del ámbito de exención de los artículos 39 y 40 de la LOTC así como del ámbito de exención que a su vez ha creado la doctrina del Tribunal Constitucional, antes indicada.

El precepto legal ya declarado inconstitucional en el momento en el que es contrastado por el órgano judicial no puede ser obviado por el mismo, y la solución ajustada a derecho es declarar judicialmente inválida la actuación por apoyarse en dicho precepto, que en definitiva es inconstitucional.

No hay una lesión al principio de seguridad jurídica en este caso ya que el debate sobre la validez o invalidez del acto administrativo está todavía abierto y pendiente de resolución (judicial) definitiva.

IV. SEGUNDA PRECISIÓN: ASPECTOS DE CARÁCTER PROCESAL. FLEXIBILIZACIÓN DEL CAMPO DE FISCALIZACIÓN Y CONTRASTE DEL ÓRGANO JUDICIAL. NECESIDAD DE APLICAR DICHO CRITERIO HASTA LAS ÚLTIMAS CONSECUENCIAS

Se parte de las premisas definidas por la ley procesal correspondiente, en este caso la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (JCA), de 13 de julio, y de las peculiaridades del orden contencioso-administrativo.

En ese sentido a dicho orden jurisdiccional le corresponde analizar y revisar la legalidad de la actuación administrativa. Ése es el planteamiento que ya de forma exacta define el artículo 106 de la Constitución cuando señala que *los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*.

El objeto de análisis judicial por lo tanto consiste en contrastar la actuación de la Administración con el marco legal vigente y comprobar el respeto a la misma. A tal efecto, el órgano judicial analiza la conducta de la Administración y las decisiones adoptadas por la misma, contrastándolas con las argumentaciones realizadas por la parte demandante y la parte demandada. En definitiva, el órgano judicial en sus actuaciones se mueve dentro de unos parámetros de congruencia judicial.

Manifestaciones de ese principio son las previsiones del artículo 33.1 de la Ley 29/1998, JCA, cuando señala que *juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamente el recurso y la oposición*. No obstante, no se trata de un principio absoluto, porque la propia ley admite una iniciativa judicial, en los términos de los artículos 33.2 y 65.2, cuando señala el primero de ellos que *si estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllos para que formulen alegaciones*.

El principio de congruencia judicial no puede ser absoluto cuando lo que es objeto de litigio no son elementos de la esfera privada de los litigantes sino elementos indisponibles como es el principio de legalidad y su contraste con la actuación administrativa.

Y en ese sentido el concepto de legalidad como parámetro de contraste no se refiere a leyes en sentido formal del término sino al grupo de normas que integran el Derecho Administrativo y, entre ellas, la primera, la Constitución, a la que se subordinan el resto.

De ahí que la legalidad de la actuación administrativa que se deba fiscalizar por el órgano judicial deba empezar con la fiscalización de la constitucionalidad de la actuación administrativa.

Y por lo tanto, es evidente que el juez no se puede mover sólo entre los limitados parámetros de las posturas de ambas partes, existiendo como existe un marco normativo indisponible para las partes en el proceso.

La capacidad de disposición por parte de los administrados se reconduce o limita a no impugnar aquellas actuaciones administrativas que considera ilegales y que lesionan su esfera patrimonial y jurídica, dejando que las mismas adquieran firmeza y se vuelvan inatacables. A partir de ahí, decidido el ataque de la actuación administrativa, no se puede pretender por el demandante tener el monopolio de la fundamentación de la impugnación.

A los efectos de profundizar en la cuestión que se está comentando, conviene tomar una conducta judicial como referencia. En ese sentido, se puede acudir a la fundamentación de las dos sentencias en las que el que suscribe se basaba a los efectos de describir el supuesto de hecho que sirve de punto de partida del tema que está siendo objeto de análisis. En concreto se trataba de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fechas 28 de abril de 1998 y 6 de febrero de 1999.

Sobre dichas sentencias se pueden hacer una serie de observaciones:

- a) Sin ningún género de dudas los órganos judiciales han hecho primar el criterio de respeto a la Constitución Española y en sus premisas de solución del problema en ningún caso se plantea el más mínimo atisbo de intentar aplicar el precepto legal declarado formalmente como inconstitucional.
- b) Sin perjuicio de que ésa sea la conclusión a la que necesariamente haya que llegar, porque lo contrario podría dar lugar a una solución de aplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución, llama la atención, sin embargo, el excesivo carácter aséptico con que los órganos judiciales entran a resolver el conflicto.

En ese sentido, es cierto que la actuación administrativa necesariamente deberá ser anulada si tiene su único soporte en un precepto inconstitucional pero, en definitiva, esa solución parte de una indiferencia absoluta por determinar y precisar si la Administración actuó correcta o incorrectamente. No se escapa a cualquier aplicador del derecho que una vulneración por la Administración del marco legal vigente no puede dar un resultado jurídico idéntico a aquel caso en el que la Administración actúa correctamente, aplicando fielmente las leyes formalmente vigentes en el momento en que se adopta la decisión.

- c) Si ese extremo se comprueba que efectivamente se realizó por la Administración, que ésta aplicó correctamente las normas que en ese momento aparecían formalmente como vigentes, un simple pronunciamiento del órgano judicial limitándose a anular la actuación se antoja insuficiente e insatisfactorio a todos los efectos.

El principio de congruencia procesal ha sido minorizado por el órgano judicial ante la existencia de un valor de más peso que es el de la preservación de la Constitución y la obligatoriedad de evitar que normas inconstitucionales desplieguen sus efectos si ello es posible. Extremo que por lo antes expuesto se ha de dar por correcto y, que como luego se verá, es un criterio que ha sido ratificado por el Tribunal Supremo.

En ese sentido el órgano judicial ha usado argumentos que ninguna de las dos partes planteaban en su demanda y en la contestación a la misma. Se ha extralimitado más allá de los límites definidos por los argumentos de ambas partes en sus posiciones procesales.

Pero admitido este extremo, flexibilizado el campo de análisis del juez por los motivos indicados, lo que no es admisible es que el juez no haga el mismo esfuerzo para determinar si la Administración actuó correcta o incorrectamente en el presente caso. O dicho de otra forma, para concretar si la Administración podía actuar de otra forma distinta a aquella como actuó.

La coherencia en la forma en que ha actuado hasta ese momento el órgano judicial le exige una continuación en ese criterio de actuación.

- d) Y ello porque, en definitiva, la actuación de la Administración es correcta desde la perspectiva del papel o función que el sistema le atribuye a la misma, como mera aplicadora del derecho existente en cada momento, sin una capacidad de juicio crítico del mismo. Extremo que por el momento sólo adelanto pero sobre el que volveré a los efectos de profundizar en el mismo.

Dicho de una forma más clara. Quizás el pronunciamiento judicial no se deba limitar a declarar la invalidez de la actuación administrativa en estos casos, sino que además deba indicar, a todos los efectos, en qué medida la responsabilidad en la invalidez última es debida a la Administración (si no aplicó bien las normas) y en qué medida dicha responsabilidad es imputable al poder legislativo. Y ello porque un pronunciamiento judicial que invalide sin más una actuación administrativa da en definitiva a entender que la Administración actuó mal, lo cual, como hemos visto hasta ahora y fundamentaremos en el apartado siguiente, no siempre es así.

Sin perjuicio de lo anterior, es interesante en este apartado analizar cuál ha sido la postura del Tribunal Supremo cuando se le han planteado cuestiones de este tipo.

Es de destacar que frente a la postura tan aséptica de los pronunciamientos judiciales antes indicados, que se limitan a invalidar la actuación administrativa sin plantearse siquiera que la inconstitucionalidad de la ley es un argumento no usado por las partes y que no constaba además entre las premisas que la Administración tenía cuando adoptó la decisión recurrida, el Tribunal Supremo intenta encontrar una justificación para no ignorar ni obviar la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que declara de forma sobrevenida el precepto a aplicar como inconstitucional.

Esfuerzo que hay que entender que viene motivado por la naturaleza revisora muy limitada que tiene el recurso de casación.

La claridad de la exposición de los fundamentos del Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de marzo de 2000 obliga a recogerlos en una parte sustantiva de los mismos. Y así se señala:

«Esta declaración de inconstitucionalidad del precepto en que principalmente se sustenta el acto impugnado no ha sido alegada aquí como motivo de impugnación, ya que todo el proceso de instancia y las alegaciones de casación se produjeron con anterioridad a la STC.

Lo cual plantea un primer problema, no fácil, cual es el de si, no habiendo sido alegado tal motivo por las partes, puede este Tribunal Supremo suscitarlo de oficio, visto que el recurso de casación es un recurso extraordinario cuyo objeto viene limitado por los motivos esgrimidos por el recu-

rente (así, el art. 102 de la LJCA se refiere "a los motivos aducidos"). Desde luego, la doctrina del Tribunal Supremo es constante en la afirmación de que el principio *iura novit curia* no rige en casación (esta doctrina, entremezclada con la que prohíbe plantear cuestiones nuevas en casación se encuentra, entre otras muchas... Esta doctrina es lógica, porque, como alguien ha dicho, "el Tribunal Supremo no está llamado a buscar de oficio cuáles pueden ser los defectos jurídicos de la resolución impugnada, sino que debe limitarse a juzgar si subsiste el derecho del recurrente a obtener la anulación de la sentencia por los exclusivos defectos, y no otros, denunciados, pues lo contrario sería cómo anular una sentencia contra la que no se ha recurrido, juzgando una acción diversa de la hecha valer".

Ésta es, sin duda, la regla general, acorde con la consideración del recurso de casación como un recurso extraordinario.

Pero esta regla general debe ser excepcionada en el presente supuesto, porque la posible confirmación de un acto administrativo y de una sentencia que han aplicado un precepto posteriormente declarado inconstitucional produciría un resultado en sí mismo contrario a la Constitución, que pasaría por las manos del Tribunal Supremo sin que éste pudiera remediarlo. Una consecuencia de esa naturaleza auténticamente excepcional no puede encontrar explicación en la mera consideración del recurso de casación como un recurso extraordinario, y en la limitación del conocimiento a los motivos alegados. En el caso que nos ocupa el motivo no es un motivo nuevo (que podía y debía ser alegado por la parte) sino un motivo sobrevenido por inconstitucionalidad, lo que es distinto. Y la posibilidad del Tribunal Supremo de fundar su decisión teniendo en cuenta y aplicando la declaración de inconstitucionalidad hecha por el Tribunal Constitucional (aunque el recurrente no haya esgrimido tal motivo, entre otras cosas porque su escrito de interposición del recurso de casación es anterior a la STC) deriva de estas dos consideraciones:

- 1.^a Es el propio artículo 161.1 a) de la Constitución Española el que señala un límite a la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional, a saber, el de que no afectará a las sentencias recaídas con el valor de cosa juzgada. Es decir, que cualquier otra sentencia sí habrá de resultar afectada por la declaración de inconstitucionalidad, ya que el precepto no incluye en su prohibición el caso de sentencias no firmes pero pronunciadas en procesos extraordinarios. Por lo demás el artículo 161.1 a) de la Constitución Española no exige la alegación de parte para la efectividad de lo que proclama, ni el artículo 164.1 pone condición alguna, sino sólo la publicación en el BOE, para que las sentencias del Tribunal Constitucional produzcan efectos frente a todos; también desde luego frente a todos los Tribunales, que no podrían inaplicarlas ni siquiera aduciendo el carácter extraordinario de algunos procesos (a salvo, desde luego, el recurso de revisión, pero no porque en él estén limitados los motivos, sino porque tiene por objeto sentencias firmes, las cuales, según se ve, son por sí mismas inmunes a la declaración de inconstitucionalidad, aunque, como excepción a la excepción, no lo son las dictadas en procesos sancionadores, según el artículo 40.1 de la LOTC.
- 2.^a Si la STC no hubiera existido, este Tribunal Supremo hubiera podido, en trance de dictar sentencia, plantear de oficio en este recurso de casación y por cualquier vicio adecuado cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto del TR-92 en que el acto administrativo se basó, y cuya aplicación la Sala de instancia confirmó, y ello aunque el recurrente no hubiera dudado de la constitucionalidad del precepto (que ello es posible en el recurso de casación se sigue

sin duda del art. 163 de la Constitución Española, que expresa el mandato de plantear cuestión de inconstitucionalidad usando la expresión "en algún proceso", lo que con toda probabilidad quiere decir "en cualquier proceso"). Dictada en tal caso por el Tribunal Constitucional sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo habría de resolver el caso conforme a la misma (art. 38.3 de la LOTC). Pues bien, si en ese caso ya hemos visto que el Tribunal Supremo hubiera podido actuar de oficio, aun sin motivo esgrimido por la parte, no hay razón para, existiendo ya la sentencia del Tribunal Constitucional, exigir ahora para hacer aplicación de ella una iniciativa de parte que el ordenamiento constitucional no considera necesaria en la otra alternativa procesal.

De todo lo cual se deduce que este Tribunal Supremo debe hacer aplicación de la STC 61/1997 aunque el recurrente no haya alegado ningún motivo sobre la causa de inconstitucionalidad en que el Tribunal Constitucional fundó su sentencia.

Respecto a los efectos hacia el pasado de la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, y a falta de disposición en contrario del propio Tribunal Constitucional, han de retrotraerse a la fecha de publicación de las normas declaradas nulas, eficacia *ex tunc* propia de la nulidad de pleno derecho».

Afirmaciones que son en ese sentido aún más resaltadas en el voto particular a la sentencia cuando señala el magistrado GARZÓN HERRERO:

«El estado de cosas existente como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional no es, en mi opinión, que se haya producido un motivo de inconstitucionalidad del acto impugnado sobrevenido, como sostiene la sentencia mayoritaria en su fundamento jurídico tercero, pues la inconstitucionalidad de las normas competenciales en materia de PMS fue inicial y desde su inicio. La sentencia del Tribunal Constitucional no hace sino declarar una inconstitucionalidad normativa existente desde que dichos preceptos fueron dictados. Lo único que es "sobrevenido" es el "conocimiento" de la inconstitucionalidad, pero no la inconstitucionalidad misma. Por eso, comparto la idea, evidente, de la mayoría sobre la aplicabilidad de la STC 61/1997, de 20 de marzo, a este proceso. En lo que discrepo es en las consecuencias que de esta aplicabilidad se derivan, pues los únicos textos, en mi opinión, que pueden servir de soporte a la sentencia recurrida en casación y al acto impugnado son el Texto Refundido de 9 de abril de 1976, en tanto que permanezca vigente y el Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en la medida en que no ha quedado afectado por la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional.»

La contundencia de los argumentos citados conlleva a deducir como premisa que el principio de congruencia antes citado es un principio que es preciso flexibilizar cuando el valor superior de la constitucionalidad de las normas está presente. Todo ello incluso en un cauce de corte extraordinario como el de casación, donde el mismo tiene tanto peso específico.

Se deduce fácilmente cuál va a ser el criterio de actuación judicial en este tipo de casos y es el de la anulación de la actuación. Extremo que no se discute, pero que se entiende, por lo que luego se expondrá a continuación, que no se puede limitar a este extremo, sino que se debe extender a otras consideraciones a los efectos de impartir «buena justicia».

V. TERCERA PRECISIÓN: POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD POSITIVA. FIEL EJECUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO EXISTENTE. CAPACIDAD INTERPRETATIVA. FATALISMO APLICATIVO

En estas premisas de partida que se están articulando es preciso tener en cuenta una serie de nociones esenciales. En concreto las de que:

- a) España se constituye en un Estado de Derecho, conforme al artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978.
- b) Que ello determina que los poderes públicos están sujetos al derecho por ellos mismos creado, que les limita en sus actuaciones como tales poderes públicos (art. 9.1).
- c) Que el principio de legalidad (art. 9.3) en relación con los poderes públicos no se limita sólo a una sujeción o deber de respeto al derecho existente por parte de los mismos, sino que la proyección del principio de legalidad respecto de los mismos se comprende desde la perspectiva de lo que la doctrina ha denominado principio de legalidad positiva, en el sentido de entender que es necesaria una previsión normativa expresa para que los poderes públicos, y en concreto las Administraciones, puedan ejercer sus potestades públicas sobre la ciudadanía. Es decir, es necesaria una habilitación expresa para su ejercicio.

Concepto este, el de la legalidad positiva, que no es compartido unánimemente por la doctrina, y en el que cabe destacar la postura disconforme con el mismo de autores como BELADIEZ ROJO.

- d) En este contexto de sujeción al derecho por parte de los poderes públicos, la previsión expresa para la Administración pública, como ente instrumental por excelencia de los poderes públicos para atender las necesidades de la colectividad, se encuentra recogido en el artículo 103.1 de la Constitución donde se señala que *la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*

La relación de la Administración y, en concreto, de sus actuaciones con el marco normativo en que consiste en definitiva el Derecho Administrativo, es una relación de plena y total sujeción y respeto.

Las decisiones administrativas, los actos administrativos, no son más que aplicaciones del derecho existente, del marco normativo que define la esfera de actuación de la Administración, tanto en el plano activo, de ejercicio, como en el pasivo, de mera sujeción.

En ese sentido, es indiferente que ese marco normativo consista en una ley o en un reglamento.

Ésa es la clave de las tesis ordinalistas de los reglamentos que permiten su diferenciación respecto de los actos administrativos. Los primeros crean derecho, se integran en el ordenamiento jurídico, lo pueden innovar, mientras que los segundos son la aplicación del mismo, son la concreción de la previsión general de la norma al supuesto de hecho, adoptando una decisión pública concreta, con soporte en aquélla.

El deber de respeto por la Administración a su marco normativo en la adopción de sus decisiones administrativas es total y absoluto. Y no se ve roto por el hecho de que las normas reglamentarias sean creadas por la misma Administración.

Manifestación específica de este extremo es el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos recogido en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, RJA-PAC, cuando señala que *las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas*.

En definitiva la Administración es un mero aplicador de la norma, sea ésta de rango legal o de rango reglamentario, sin capacidad o poder de excepcionarla singularmente.

- e) La Administración, como aplicador de la norma, tiene capacidad para interpretar la vigencia de la norma pero no para inaplicarla.

En ese sentido, es preciso indicar que la técnica de la inaplicación de las normas no está permitida a la Administración en la adopción de sus acuerdos.

Frente a la posibilidad del Tribunal Constitucional de no sentirse vinculado por una ley inconstitucional o de los órganos judiciales de no sentirse vinculados por reglamentos ilegales (técnica de la inaplicación establecida en el art. 5 de la LOPJ, 6/1985), la Administración no goza de dicha potestad, ni respecto de las leyes ni respecto de los reglamentos. Lo más que puede hacer respecto de estos últimos es instar el oportuno procedimiento revisor de las disposiciones de carácter general, en los términos del artículo 102.2 de la Ley 30/1992, RJA-PAC. Es decir, la Administración puede invalidar normas reglamentarias, adoptar decisiones generales de exclusión de un reglamento del ordenamiento jurídico por vicios de legalidad, y con eficacia *erga omnes*. Pero lo que no puede la Administración es excluir de la aplicación de dicho reglamento en un caso concreto, obviarlo, manteniendo, sin embargo, su vigencia general.

Todo ello sin perjuicio de las opiniones doctrinales como la de DOMÉNECH PASCUAL que atribuyen una capacidad a la Administración de inaplicar las leyes inválidas y los reglamentos ilegales. Autor, sin embargo, con el que se comparte la capacidad administrativa de estimar por la vía del recurso indirecto contra el reglamento la ilegalidad del mismo, pero dentro de ciertos límites que, por razones de espacio, no es posible profundizar en estos momentos.

Sin perjuicio de este planteamiento, no generalizado doctrinalmente, es preciso señalar que la Administración tiene una capacidad de interpretar la vigencia de las normas, pero no de hacer juicios singulares de su validez.

En definitiva, como aplicador del derecho, la Administración hará uso de los axiomas clásicos: la norma posterior deroga la norma anterior, la norma especial deroga la norma general o el de norma superior deroga la norma inferior, así como las interrelaciones de los mismos, en los términos en los que los mismos figuran fijados por nuestro sistema de fuentes y su interpretación jurisprudencial.

Del juego de esas reglas se determinará la opción normativa a aplicar. Cabe en esos términos una capacidad selectiva de la norma aplicable por parte de la Administración. Lo que ésta no puede hacer es llegar a la conclusión de que una norma reglamentaria, por incumplir dichas reglas generales, es ilegal, y en consecuencia, sin más inaplicarla a un supuesto de hecho concreto.

Esta cuestión, que se predica en los términos indicados respecto de reglamentos, con más razón se predica respecto de las leyes, problemática que es el objeto del presente trabajo.

La Administración no se puede plantear siquiera la emisión de juicios de validez sobre las leyes que debe aplicar. Al menos desde un parámetro de constitucionalidad y dejando al margen las cuestiones de discrepancia entre leyes internas y derecho comunitario, casos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho pronunciamientos reconocedores de dicha capacidad inaplicadora.

Dichos juicios de validez se circunscriben a la capacidad y legitimación impugnatoria que en determinados plazos y casos tiene la Administración para impugnar ante la instancia oportuna la ley de la que discrepan. Así por ejemplo, el conflicto en defensa de la autonomía local que en el contexto del pacto local se introdujo de forma novedosa por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación del la LOTC.

Fuera de esos casos, y pasados los oportunos plazos, muy breves, lo único que procede por parte de la Administración es la aplicación mecánica de la ley, sin capacidad de discusión sobre la misma, aun a sabiendas de que la misma sea inconstitucional.

El marco normativo actual no configura ninguna vía de reacción para la Administración cuando en su labor de emisión de actos administrativos, adoptando decisiones, aprecia que la ley a aplicar pueda adolecer de un vicio de inconstitucionalidad.

Ejemplos en ese sentido existen varios. Leyes que materialmente eran inconstitucionales pero que formalmente se mantenían vigentes porque la instancia competente para declarar su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, no lo había hecho dado su carácter rogado, y que en consecuencia se aplicaban. Es el caso de las leyes paralelas. Y así, por ejemplo, nos encontramos con previsiones como las de la Ley de las Haciendas Locales (LHL), 39/1988, de 28 de diciembre, que durante tres años, hasta la reforma de la Ley 25/1998, supusieron la exigencia de un modelo de tasas y de precios públicos municipales que ya había sido declarado inconstitucional respecto de las del Estado por sentencia del Tribunal Constitucional de 1995, que invalidaba la Ley de Tasas y Precios Públicos estatales. O, por ejemplo, y en el sentido inverso, durante cinco años y hasta la nueva Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se ha mantenido para los bienes patrimoniales del Estado una prerrogativa de inembargabilidad (art. 18 de la Ley del Patrimonio del Estado) que para los bienes patrimoniales de las Entidades Locales había sido invalidado por la STC 166/1998 (que anulaba las previsiones del art. 154.2 de la LHL).

Y ello conduce a un cierto fatalismo aplicativo del derecho por parte de la Administración. Ésta, aun consciente de la inconstitucionalidad de la ley, debería necesariamente aplicarla, al no estar capacitada para juzgarla válida o inválida.

VI. CUARTA PRECISIÓN: ENTES TERRITORIALES DISTINTOS. RESPONSABILIDAD POR DECISIONES DE TERCEROS

Los extremos anteriormente descritos, la inexistencia de un deber de soportar en la esfera subjetiva propia los efectos de una norma de rango legal nula de pleno derecho por vicio de inconstitucionalidad; la habilitación al órgano judicial para maximizar su campo de decisión por encima de las posturas procesales de las partes; y la obligatoriedad de cumplimiento y aplicación por la Administración de las leyes, aunque sean inconstitucionales, nos lleva ya a plantearnos la cuestión de quién responde por las decisiones de quién.

O dicho de otra forma, ¿es ajustado a un sistema normativo razonable y coherente el que una Administración responda patrimonialmente por una actuación ilegal, cuando el vicio de que adolece dicha actuación es la circunstancia de haber aplicado la norma producida por otro poder distinto a la Administración, el poder legislativo? ¿No debiera ser el ente legislador el que respondiera de las consecuencias patrimoniales derivadas de sus producciones normativas? Vayamos por partes.

En un modelo de organización territorial de un Estado centralista, con un sistema de división de poderes clásico, pero con unas únicas instancias decisoras en todo el territorio estatal, una asunción de responsabilidad por la Administración de las incorrecciones del poder legislativo sería, con matices, razonable.

La Administración, dotada de personalidad jurídica, es el poder público especialmente pensado para trabar relaciones jurídicas con los ciudadanos. Éstos no las traban nunca directamente con el poder legislativo, por muy perfecto que sea el modelo de participación directa o indirecta que esté institucionalizado. En ese sentido, puede ser razonable que en dicho modelo de organización territorial, con un único poder legislativo, ejecutivo (con su doble vertiente política y administrativa) y judicial, se adopte como parte del régimen jurídico organizativo de las instituciones del Estado, reflejado en la pertinente Constitución, que la Administración siempre responde patrimonialmente de toda lesión que los poderes públicos en general, y el legislativo en particular, generen en la esfera de los ciudadanos. La idea de unidad que opera en ese modelo de organización determina que al final quien paga es uno, el Estado, siendo indiferente qué poder (el legislativo o el ejecutivo) haya sido el responsable último del daño, y sin perjuicio de los mecanismos de depuración de responsabilidad interna que puedan existir.

Las Sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, de fechas 29 de febrero de 2000, 13 de junio de 2000 y 15 de julio de 2000, que han abierto la brecha de la determinación en sede contencioso-admi-

nistrativa de la responsabilidad patrimonial derivada por actos que son fiel aplicación de leyes declaradas inconstitucionales, parten en definitiva de una correspondencia del mismo nivel territorial, entre el legislativo y el ejecutivo. Se está ante liquidaciones tributarias de la Administración del Estado, afectadas por la inconstitucionalidad de una ley tributaria del Estado.

El propio artículo 139.3 de la Ley 30/1992, RJA-PAC, que parte de un supuesto de hecho más amplio que el que está siendo analizado en este trabajo (responsabilidad patrimonial en general, de carácter objetivo), reconoce que las Administraciones públicas indemnizarán por la aplicación de actos legislativos.

Es, en definitiva, la Administración la que asume el pago indemnizatorio ante los particulares aunque sea el poder legislativo el causante del daño patrimonial susceptible de indemnización.

La cuestión, sin embargo, se complica cuando, como en nuestro modelo de organización territorial, se está ante una descentralización territorial de carácter político/administrativo, con tres niveles operantes, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Aquí ya no se trata solamente de relaciones bilaterales entre poderes públicos y ciudadanos. Si se siguiese un esquema similar al antes descrito, y cualquier Administración asumiese sin más dicha responsabilidad cuando le fuese reclamada, se estaría pretendiendo que unos niveles territoriales asumiesen en sus recursos públicos propios un detrimento derivado de un mal hacer (legislativo en este caso) de otros niveles territoriales. Extremo más que discutible.

Y es que partiendo de la premisa del principio de unidad (art. 2 de la Constitución), es preciso tener en cuenta también la premisa de la autonomía, de la capacidad de gestión de sus asuntos propios. Sin querer profundizar en lo que de todos es sabido, dichos niveles territoriales desde luego no dejan de estar dentro de un único concepto de Estado, no gozan de soberanía, están integrados dentro de la unidad estatal, pero tienen una esfera de intereses suficientemente individualizada e identificada como para que, a los efectos de asunción de responsabilidades, cada nivel territorial responda de los daños que provoca y no de los de terceros.

Un ejemplo de este planteamiento a nivel de legislación administrativa nos lo encontraríamos en el artículo 140 de la Ley 30/1992, RJA-PAC, que recoge el tratamiento de la responsabilidad patrimonial concurrente de las Administraciones, cada una en la parte en que le corresponda.

Obviamente, al tratarse de una ley definidora del régimen jurídico de las Administraciones públicas, sólo regula la responsabilidad generada por las Administraciones, pero es reveladora, respecto de uno de sus poderes (la Administración), de cómo cada nivel territorial asume la responsabilidad que le corresponde. La idea de unidad no conlleva que es indiferente cuál de los niveles territoriales pague, sino que debe pagar aquel que resulta responsable.

Y en ese sentido, el Estado, o en su caso, la Comunidad Autónoma, debe responder por las condenas judiciales que se deriven por leyes que, de forma sobrevenida, resulten declaradas inconstitucio-

nales formalmente por el Tribunal Constitucional, anulando las actuaciones de otras Administraciones correspondientes a niveles territoriales distintos.

Sus parlamentos, el estatal, o el autonómico, han dictado leyes inválidas, que generan daños en las arcas públicas de otros niveles territoriales, que se ven obligados a indemnizar por condenas judiciales anulatorias de actuaciones administrativas que no eran más que meras aplicaciones de aquellas, sin margen de maniobra para realizar otra actuación administrativa distinta, dado el carácter obligatorio que para la Administración tiene ese marco normativo. La conexión no puede ser más directa.

Y es que la acción del legislador no está exenta de incurrir en responsabilidad patrimonial. Responsabilidad que surge no sólo por que la acción legislativa sea incorrecta. En ese sentido se recoge en el art. 139.3 de la Ley 30/1992, RJA-PAC, antes citado. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 y 23 de junio de 2001 son ejemplos en ese sentido. Con más razón se incurre en responsabilidad patrimonial en el caso de leyes invalidadas por vicio de inconstitucionalidad, tal y como se reflejó antes en la doctrina abierta por el Tribunal Supremo en sus sentencias del año 2000, antes comentadas. Y más ejemplos los podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, no por vicio de inconstitucionalidad sino por las lesiones derivadas de una mala transposición del Derecho Comunitario.

La jurisdicción contencioso-administrativa es competente para la determinación de la cuantía, aunque se traten vicios existentes en normas de rango legal ya que es la Administración la que asume la obligación de pago de las responsabilidades generadas por la acción del legislador. Ese plano de asunción de responsabilidad administrativizado conlleva que su determinación y alcance sean una cuestión de orden administrativo y que su revisión esté encomendada a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo.

Pero esa asunción de responsabilidad por actuaciones ajenas es preciso entenderla en un plano vertical, entre el legislativo y ejecutivo del mismo nivel territorial, y no en un sentido horizontal, del plano legislativo en general al plano administrativo en general, sin diferenciación de los niveles territoriales a los que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Como antes se indicó, cada uno de estos niveles territoriales goza de autonomía propia para la gestión de sus respectivos intereses. Intereses que nunca pueden ser absolutos ni tener tal entidad que puedan prevalecer frente a intereses de orden superior cuya unidad la Constitución representa, pero que en definitiva son intereses con entidad propia, cuya salvaguarda corresponde esencial, aunque no exclusivamente, a los poderes públicos de ese nivel territorial. Para lo cual deben ejercer sus propias competencias, diseñadas dentro de la unidad, donde ésta sea precisa pero con un amplio margen de autoconfiguración normativa propia, y para cuyo desarrollo cuenta con sus propios recursos económicos.

Y es evidente que dichos recursos al final del proceso son recursos propios de cada nivel territorial. Se podrá hablar, sobre todo a nivel territorial local, que la potestad tributaria originaria le

corresponde al Estado; que los recursos de las Entidades Locales han de ser suficientes, sin que sea preciso que sean propios; que cada vez hay una mayor centralización en el plano decisor del tope máximo del déficit; que cuantitativamente la cantidad en la que participan las Entidades Locales en los ingresos del Estado cada vez es mayor; y de otras notas que demuestran la interconexión del régimen de recursos públicos de los distintos niveles públicos y el principio de coordinación que los preside. Con independencia de todo ello lo que es evidente es que se está hablando de recursos propios de cada nivel territorial.

En ese sentido, es evidente que los recursos son propios y no indiferenciados porque si no, no existirían figuras como la compensación entre Administraciones, por deudas que unas tengan con otras (figura recogida por ejemplo en la disposición adicional 14.^a LHL, 39/1988).

Además, esos niveles territoriales cuentan con una capacidad de reacción judicial cuando consideran que la acción u omisión de otro nivel territorial lesiona sus intereses. No existe un deber de soportar en su propia esfera las infracciones del sistema que cometan otros niveles.

Todas estas cuestiones, tan obvias que por eso se citan en términos genéricos de principios, evidencian en definitiva que la afirmación legal de que la Administración asume la responsabilidad patrimonial derivada de los vicios de los actos de carácter legislativo no implica que cualquier Administración asuma en su patrimonio las consecuencias de responsabilidad patrimonial de la acción de cualquier órgano legislativo, sino que existe una correspondencia territorial entre poder legislativo y ejecutivo dentro de cada nivel territorial.

Lo que en la práctica, y circunscribiéndonos al tema objeto del presente trabajo, supondría que el nivel de las Entidades Locales no asumiría ninguna responsabilidad patrimonial por las consecuencias que derivasen de leyes que fuesen declaradas inconstitucionales, al carecer de potestad legislativa.

VII. QUINTA PRECISIÓN: INEXISTENCIA DE CAUCES PARA UNA DELIMITACIÓN PRECISA DE LA RESPONSABILIDAD EN ESTOS CASOS

Centrando el eje del debate en aquellos casos en los que la acción legislativa se debe a un nivel territorial y la acción administrativa anulada judicialmente como consecuencia de aquélla a otro nivel territorial distinto, y centrándolo aún más en el caso de las Entidades Locales, carentes de potestades legislativas y que necesariamente deben partir en todas sus actuaciones administrativas del marco legislativo creado por el Estado y, en su caso, la Comunidad Autónoma correspondiente, sería preciso analizar si el actual marco normativo da respuesta en estos casos y cuál sería el cauce para su exigencia.

a) Participación en el trámite de ejecución de sentencia.

En ese sentido, por lo sucedido de la declaración de inconstitucionalidad, lo normal es que el Estado o la Comunidad Autónoma que haya desarrollado la labor legislativa no sea parte en el recurso contencioso-administrativo donde se está enjuiciando la actuación administrativa concreta. En dicho contencioso no se está discutiendo la constitucionalidad de su norma, por lo que no sería lógico que formasen parte del mismo.

Un matiz a esta afirmación nos lo encontramos en aquellos juicios en los que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 35 y siguientes de la LOTC, 2/1979, de 3 de octubre. El artículo 37.2 de la misma establece en esos casos una citación expresa al nivel creador de la ley cuya constitucionalidad se discute. No obstante, ello no les confiere la condición de parte en el proceso judicial del que arrancó el planteamiento de la cuestión sino en el proceso ante el Tribunal Constitucional, donde se discute la constitucionalidad de la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, es después, cuando surge la sentencia y su solución, cuando la Administración afectada puede ser consciente de sus propias responsabilidades y de las que corresponden al Estado o Comunidad Autónoma legislador.

Y ello no tiene tanta importancia en aquellos casos en los que el pronunciamiento judicial tiene un carácter meramente declarativo de la ilegalidad de la actuación como en aquellos casos en los que el contenido de la sentencia tiene un claro carácter resarcitorio o indemnizatorio.

¿Se les podría involucrar a esas alturas del proceso como parte del mismo al Estado o la Comunidad Autónoma, pensando en las actuaciones que haya que realizar en el incidente de ejecución de sentencia?

Por una parte se podría pensar que ello no debiera de plantear excesivos problemas ni riesgo de que con ello se produjese indefensión, por no poder hacer valer sus intereses, derechos y posición hasta ese momento. El ente legislador ya ha defendido la constitucionalidad de su norma legal ante el Tribunal Constitucional, en el oportuno proceso ante el mismo, que no se la ha refrendado.

A partir de ahí, debería asumir todas las consecuencias derivadas de su mal hacer: desde una nueva labor legislativa para aprobar una nueva norma con las premisas que le haya fijado el Tribunal Constitucional hasta asumir los detrimentos patrimoniales que su mala labor legislativa haya inflingido a terceros.

El problema sería mayor en el caso de aquellas sentencias que fijen directamente la cantidad indemnizatoria, además de anular la actuación administrativa. Y sin embargo será un problema menor en aquellos casos en los que la sentencia se limite a anular la actuación y deje para la fase de ejecución de sentencia la fijación de la indemnización. Ahí, en ese cauce procesal autónomo, todavía existen posibilidades de dar participación procesal al ente legislador responsable o corresponsable.

Incluso en el primer caso, el incidente de ejecución de sentencia se podría reconducir no a la fijación de la cuantía (porque ya se ha declarado en la sentencia) sino a concretar el grado de responsabilidad de cada nivel territorial, total o parcial.

Sin perjuicio de lo expuesto, se evidencia en todo caso que este planteamiento no deja de ser violento al involucrar en el último momento, con una sentencia ya firme y ejecutiva, a un tercero ajeno al proceso, que deberá asumir toda la responsabilidad derivada de la anulación o una parte significativa de la misma. Lo que arroja evidentes tintes de indefensión.

Y es que, en definitiva, tal y como señala el artículo 103.2 de la Ley 29/1998, JCA, son las partes las que están obligadas al cumplimiento de las sentencias.

Difícilmente se pueda dar la consideración de parte del proceso al Estado o la Comunidad Autónoma ajenos al acto recurrido a estas alturas del proceso, con una sentencia ya dictada sobre el asunto objeto de litigio.

b) Acción administrativa de la Administración cuya actuación se anula contra el nivel territorial legislador.

Este cauce parece más difícil de articular en el contexto normativo actualmente existente.

Y es que la exigencia de responsabilidad patrimonial a terceros no se debe desconectar del cauce donde se ha producido la declaración de anulabilidad, que es en el proceso judicial.

Una declaración administrativa municipal dirigida al Estado o a la Comunidad Autónoma, fuera del amparo judicial, no acabaría de tener una buena base en el marco normativo actual. De forma forzada, se podría acudir a la vía del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, RJA-PAC, ya que es con la sentencia cuando la Administración municipal conoce, por sorpresa, cuáles son los verdaderos motivos de invalidez de su actuación, y quién es el verdadero causante de la misma.

No obstante este cauce parece un poco forzado porque en esencia está articulado para la garantía de la esfera patrimonial de los ciudadanos y no para solventar los conflictos interadministrativos.

Otra posibilidad sería la de articular dicha acción administrativa en el contexto del artículo 140 de la Ley 30/1992, responsabilidad concurrente, acudiendo por vía de repetición para determinar el alcance de la responsabilidad de cada nivel.

Ambas posibilidades deben partir de una premisa y es la judicialización de los conflictos entre Administraciones, desprovistas a tal efecto de autotutela declarativa y ejecutiva.

No parece lógico iniciar un nuevo conflicto judicial cuando se desemboca de otro proceso judicial. Y sin embargo, pretender prolongar el proceso judicial inicial es llegar a los problemas que hemos enunciado en el apartado anterior (fase de ejecución de sentencia).

Lo expuesto en el apartado anterior y en éste pone de manifiesto la insuficiencia de las actuales previsiones normativas para resolver la cuestión. Se hace precisa una solución normativa expresa que defina los aspectos procedimentales, procesales y de fondo para determinar la responsabilidad última.

VIII. PROPUESTAS PARA LA ARTICULACIÓN DE UNA SOLUCIÓN A ESTE TEMA

Llegados a este punto es preciso plantearse en qué grupo normativo es procedente introducir los cambios encaminados a dar una solución al problema expuesto.

Se podría plantear si dicho cambio debería ser de orden procedimental, articulando algún tipo de relación interadministrativa, en el contexto de la Ley 30/1992, RJA-PAC.

Dicha orientación despierta serias dudas en cuanto a la operatividad de la misma. El desacuerdo entre ambas Administraciones (como entes instrumentales de los distintos niveles territoriales implicados) sobre el alcance de la responsabilidad que debe alcanzar a cada una de ellas, dejaría abierta la discusión y la definición última del tema por órganos judiciales. Las Administraciones carecen con carácter general de autotutela declarativa y ejecutiva respecto de otras Administraciones. Supondría, en definitiva, iniciar un nuevo conflicto judicial.

Además no se debe olvidar una circunstancia y es el hecho de que la cuestión ha surgido en el seno de un proceso judicial, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que ha desvelado de forma sobrevenida la resolución del conflicto entre partes, conforme a premisas normativas distintas de las que existían cuando dicho conflicto interpartes se planteó e inició, con la actuación administrativa y la posterior reacción en sede judicial.

Por ello se piensa que cualquier propuesta de regulación debe orientarse a una modificación de orden procesal, y en concreto, en una modificación tendente a corregir un pronunciamiento judicial insuficiente que no valore lo «correcto» de la actuación administrativa, lo «incorrecto» de la normativa legal aplicada, el grado de responsabilidad que corresponde a cada poder público y nivel territorial, la participación en el proceso judicial de todas las partes implicadas y la asunción efectiva por mandato judicial de la obligación de resarcimiento de las situaciones individualizadas por aquel a quien realmente le corresponda.

El planteamiento de todas estas cuestiones en el mismo proceso judicial donde va a surgir la sentencia anulatoria de la actuación administrativa que se discute se entiende que es la clave de la solución al problema planteado.

La redacción de la modificación en todo caso debe partir de las siguientes premisas:

- a) El supuesto de hecho: la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional, declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley, que sea posterior en cuanto a su fecha de emisión a la producción de un acto administrativo de aplicación de dicha ley, o mejor dicho, posterior a la posibilidad de interposición de recursos administrativos ordinarios contra el mismo. En definitiva que la sentencia del Tribunal Constitucional sea posterior al momento en que el acto sea firme en vía administrativa.

Lo cierto es que al plantearlo en estos términos se pretende evidenciar que a la Administración le es imposible ya en ese momento, por los cauces ordinarios, desdecirse de su pronunciamiento ya que entre las premisas que le permiten enjuiciar sus decisiones desde una perspectiva de contraste con la legalidad, bien a la hora de tomar la decisión, bien a la hora de resolver un recurso administrativo, no se encuentra un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que anule el precepto legal que ha aplicado, extremo que se producirá, sin embargo, con posterioridad.

Agotadas las posibilidades de los recursos ordinarios, cabría plantearse si en estos casos se debe dar juego a las potestades revisoras de oficio con las que cuenta la Administración (art. 102 y ss. de la Ley 30/1992, RJA-PAC).

Descartada la posibilidad del artículo 102, por su carácter extraordinario y al no estar entre los motivos tasados del artículo 62 de la misma, se plantea la cuestión de si a la Administración le es exigible el inicio de un procedimiento de declaración de lesividad respecto de todos sus actos administrativos no firmes (porque hay un litigio judicial abierto) a los que de forma sobrevenida afecte una sentencia del Tribunal Constitucional en los términos expuesto a lo largo de este trabajo.

Extremo que despierta serias dudas y que sólo se apunta, por razones de extensión, si bien se adelanta que la opinión del que suscribe es que la Administración, conociendo ya todas las premisas, porque la sentencia del Tribunal Constitucional ya se ha emitido, y no estando ante un acto administrativo firme al estar pendiente todavía el pleito judicial, debiera encaminar su esfuerzo a la satisfacción extraprocesal de dicho pleito.

El hecho de que la Administración haya perdido poder decisor ejecutivo con el nuevo cauce del artículo 103 de la Ley 30/1992 determina que haya que acudir en última instancia al órgano judicial (vía declaración de lesividad), lo que debiera encauzarse hacia el órgano judicial que conoce el pleito principal, y dejando siempre abierta la asunción de responsabilidad por el nivel territorial al que realmente le corresponda.

En el caso de actos desfavorables o de gravamen la situación plantea menos interrogantes. Si en los términos del artículo 40 de la LOTC, 2/1979, ni siquiera las sentencias judiciales firmes confirmatorias de actos sancionadores resisten los efectos declarativos de inconstitucionalidad de una ley, con menos razón se debiera mantener en el presente caso. La Administración debería, por la vía del artículo 105.1 de la Ley 30/1992 realizar las actuaciones revocatorias oportunas si su acto administrativo sancionador está siendo objeto de dis-

cusión judicial y surge el oportuno pronunciamiento del Tribunal Constitucional invalidatorio de la correspondiente ley.

En otro orden de cosas, en el supuesto de hecho es indiferente que la sentencia del Tribunal Constitucional se haya producido como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en mismo proceso judicial que genera la anulación o bien que dicha sentencia del Tribunal Constitucional se haya producido de forma independiente. En ambos casos es sobrevenida a la actuación administrativa.

- b) Como requisito *sine qua non* debe figurar asimismo la circunstancia de que el órgano judicial al barajar los distintos componentes y elementos precisos para su pronunciamiento llegue a la conclusión de que la posible sentencia judicial anulatoria de la actuación administrativa que se pudiese dictar tuviese como causa exclusiva, principal o determinante de dicha anulación el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la norma legal que sirve de soporte normativo al acto recurrido, objeto del proceso y no vicios achacables a la propia actuación administrativa. Es decir, tiene que existir una correcta ejecución administrativa de la ley por parte de la Administración.
- c) Como requisito adicional debe darse la circunstancia de que se deben ver implicados distintos niveles territoriales. El nivel territorial legislador debe ser distinto al nivel aplicador de dicha ley. Si hay una coincidencia en ambos extremos y se está ante una Administración que aplica la ley dictada por el Poder legislativo del mismo nivel territorial, la problemática, como antes hemos visto, no se produce.
- d) Cumplidas las premisas anteriores, la modificación debería articular el que, llegadas a estas conclusiones por el juez, el mismo pudiese paralizar el proceso, dar participación al Estado o a la Comunidad Autónoma legisladores implicados, a los efectos de considerarlos parte en el proceso judicial, y que éstos pudiesen manifestar en defensa de su posición lo que considerasen adecuado, en plazos idénticos a los que han tenido las otras partes del proceso.

Esa capacidad de paralización debe ser posible con independencia de la fase procesal en la que se encuentre el litigio, pero obviamente antes de que se dicte sentencia. El Estado o la Comunidad Autónoma deben tener la posibilidad de contestar a la demanda, proponer pruebas y participar en el trámite de vista o de conclusiones en las mismas condiciones que el resto de las partes originarias y se deben incorporar al proceso judicial en el momento en el que el órgano judicial perciba que se dan las premisas citadas, retrotrayéndose respecto de ellos las actuaciones para equipararlos procesalmente.

A los efectos de que ninguna de las partes originarias quedase en una peor posición procesal, aunque se hubiese celebrado el trámite de vista o el de conclusiones, éstos se deberían reiterar, consiguiendo que todas las partes tuviesen conocimiento de las circunstancias sobrevenidas que se han producido y que matizasen sus posiciones si fuese preciso.

- e) El pronunciamiento judicial deberá ser completo, señalando en qué medida en la anulación de la actuación administrativa ha participado el nivel territorial legislador y en cuál el nivel territorial administrativo. Si la causa anulatoria es achacable en exclusiva a uno o a otro, o bien, a ambos.

Al margen de que todas las partes implicadas tendrían la debida participación, se conseguiría asimismo que todos los implicados estuviesen sujetos al mandato judicial en la fase de ejecución de sentencia. Estado o Comunidad Autónoma deberían abonar al interesado la cantidad resarcitoria oportuna de forma directa. Éste, el demandante, no tiene por qué ser adivino y es razonable, lógico y coherente que se haya dirigido contra la actuación administrativa concreta, pero esa abstracción de circunstancias no se puede permitir al órgano judicial, por su propia especialización y por su propia obligación de depuración de forma correcta de las actuaciones ilegales en sus justos términos.

El pronunciamiento judicial llegaría de esta forma hasta las últimas consecuencias de la verdadera causa de invalidez del acto y hasta las últimas implicaciones en la asunción de responsabilidades en el resarcimiento de daños. Nos alejaría así de los actuales pronunciamientos en los que lo único que se consigue son sentencias judiciales un tanto asépticas, meramente indicativas de su invalidez, y que condenan a la Administración, haciendo abstracción total de la circunstancia de que ese concepto, el de Administración, no es una realidad unitaria, no es una única persona jurídica, sino algo mucho más complejo, como ente instrumental de los fines de diversos niveles territoriales, con entidad propia y a los que la circunstancia de reconducirse a la debida unidad del Estado no les determina la asunción de ilegalidades de terceros niveles territoriales.