

EL DIÁLOGO JUDICIAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LEYES CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Edorta COBREROS MENDAZONA*

Resumen

El principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por los perjuicios causados por una actuación u omisión contraria a sus obligaciones con respecto al ordenamiento de la Unión Europea ha sido una construcción elaborada por el Tribunal de Luxemburgo en vía prejudicial que, por la obligatoriedad que tienen sus interpretaciones del Derecho de la Unión Europea, se ha trasladado de inmediato a todos los Estados. En nuestro caso, la jurisdicción contencioso-administrativa ha estado atenta a esta construcción, pero también es verdad que, para el supuesto de que el incumplimiento traiga causa de una ley contraria al ordenamiento supranacional, se han producido algunas actuaciones jurisdiccionales discutidas doctrinalmente y, de manera más reciente, ha irrumpido el legislador con una regulación que también ha suscitado algunos recelos en lo que respecta a su adecuación al ordenamiento supranacional

Palabras clave

Incumplimiento del Derecho de la Unión Europea; Responsabilidad patrimonial del Estado; Ley contraria al Derecho de la Unión Europea. Principios de equivalencia y efectividad.

Abstract

The principle of economic liability of Member states for damages as a consequence of an act or omission contrary to the duties expressed by the European Union legal order has been a construction of the Court of Luxembourg within the framework of preliminary questions which by means of the binding effect of its interpretations upon European Union Law has immediately been translated into every State. In our case, the contentious-administrative jurisdiction has been mindful to this construction but it is also true that in the event that the breach concerns an Act contrary to the supranational order, some doctrinally discussed jurisdictional proceedings have been taken and more recently, the legislator has erupted with a regulation which has also generated suspicion regarding its conformity with the supranational order.

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Del GIC IT1056-16.

Key words

Breach of the Law of the European Union; Economic liability of the State; Act contrary to the Law of the European Union. Principles of Equivalence and Effectiveness.

SUMARIO: I. Introducción. II. Excurso sobre el mecanismo de la cuestión prejudicial interpretativa que ha servido para la construcción del principio de la responsabilidad patrimonial del estado por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea: 1. Previo: el diálogo o colaboración que supone la solicitud de interpretación del Derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales estatales al Tribunal de Justicia. 2. Su aplicación al caso del principio de la responsabilidad de los Estados por su incumplimiento del Derecho de la Unión. III. La elaboración del principio por parte del Tribunal de Justicia Luxemburgo: 1. Su inicial establecimiento como principio inherente al sistema del Tratado (1991). 2. La construcción definitiva del principio (1996). 3. Relevancia del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. IV. La aplicación efectiva del principio por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. V. La inicial diferencia de requisitos procedimentales para la indemnización de los daños causados por una ley inconstitucional y por una ley contraria al derecho de la unión europea, solucionada por el principio de equivalencia. VI. El *punctum dolens* de la exigibilidad en nuestro ordenamiento del requisito de la violación suficientemente caracterizada: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La invocación del principio de equivalencia. 3. Otro fundamento para su posible exclusión. 4. La interpretación del Consejo de Estado que rechaza la exclusión del requisito. 5. La exigencia del requisito por parte del Tribunal Supremo. 6. Sobre si hay similitud entre el sistema interno de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales y la responsabilidad patrimonial por leyes incompatibles con el Derecho de la Unión. 7. Sobre si nuestro sistema indemnizatorio es más beneficioso o no que el establecido por el Tribunal de Luxemburgo. 8. Necesaria clarificación del sistema. VII. La intervención del legislador español regulando los supuestos de indemnización por la aplicación de normas con rango de ley inconstitucionales y por la aplicación de normas contrarias al derecho de la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

LA responsabilidad patrimonial de los Estados por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, *sub specie* responsabilidad por ley contraria al Derecho de la Unión Europea, es un buen ejemplo de un principio del Derecho de la Unión Europea que se ha creado, desarrollado y aplicado a partir del diálogo entre los vértices jurisdiccionales de los Estados y de la Unión Europea.

Veremos a continuación este proceso, siquiera sea someramente, y luego nos referiremos más explícitamente a lo acontecido en nuestro ordenamiento. Pero antes, dado el objeto de estas Jornadas, formularemos alguna reflexión de carácter general sobre el mecanismo de la cuestión prejudicial interpretativa.

Se recoge aquí el texto que sirvió de base para la intervención en las *XXII Jornadas AFDUAM*, tituladas «El vértice de los sistemas judiciales» (noviembre de 2017), aprovechando para agradecer nuevamente la amable invitación formulada por las profesoras A. González Alonso, S. Oubiña Barboila y M. Espín Sáez.

II. EXCURSO SOBRE EL MECANISMO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL INTERPRETATIVA QUE HA SERVIDO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. PREVIO: EL DIÁLOGO O COLABORACIÓN QUE SUPONE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESTATALES AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El conocido mecanismo de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 TFUE supone un diálogo (1), por el que un órgano jurisdiccional de un Estado solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que le precise el significado y alcance de alguna *disposición* del Derecho (originario o derivado) de la Unión Europea; y, una vez establecida por el Tribunal de Luxemburgo la *norma* europea, el órgano jurisdiccional nacional la aplicará al caso que está conociendo, resolviendo el problema jurídico relativo al Derecho de la Unión tal y como se lo ha indicado la sentencia interpretativa. Se produce, así, un desdoblamiento –exclusivamente por lo que al Derecho de la Unión se refiere– entre la función jurisdiccional de *interpretar* la ley y la de *aplicarla*.

La interpretación emitida por el Tribunal de Luxemburgo vincula, sin ninguna duda, al órgano jurisdiccional que ha formulado la cuestión prejudicial, que en ningún caso puede desconocerla (2). El órgano jurisdiccional que ha solicitado la «aclaración» no puede separarse de lo que le ha contestado o ignorarlo, ni por propia autoridad, ni siquiera porque se lo indique un órgano jerárquicamente superior (3), incluido el Tribunal Constitucional (4). Y lo que nunca puede hacer juez nacional alguno es cuestionar la validez de una sentencia interpretativa (5).

(1) Término que ha hecho fortuna –aunque no esté exento de alguna equívocidad– y que el propio Tribunal de Luxemburgo ha utilizado en diversas ocasiones (la más reciente en su Sentencia de 5 de diciembre de 2017, *as. M. A. S.*, C-42/17, aptdo. 22).

(2) Cosa que el Tribunal de Justicia se encargó de dejar claro hace ya casi cincuenta años (*vid.* su Sentencia de 24 de junio de 1969, *as. Milch-, Fett- und Eierkontor*, 29/68, aptdo. 3).

(3) Así, en la Sentencia de 5 de octubre de 2010, *as. Elchinov*, C-173/09, podemos leer esta rotunda afirmación: «el juez nacional, que haya ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, está vinculado, a la hora de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de Justicia y *debe, en su caso, dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de la antedicha interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión*» (aptdo. 30, la cursiva está añadida). Lo que se ha reiterado, más recientemente y con carácter general, en la Sentencia de 5 de abril de 2016, *as. PFE*, C-689/13: «el juez nacional que, en su condición de órgano jurisdiccional de última instancia, haya cumplido su obligación de remisión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, está vinculado, al resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate dada por el Tribunal de Justicia y *deberá, en su caso, dejar sin aplicación la jurisprudencia nacional que estime no conforme con el Derecho de la Unión*» (aptdo. 30, la cursiva también está añadida).

(4) *Vid.* la Sentencia de 15 de enero de 2013, *as. Krizan*, C-416/10, aptdo. 70, donde la doctrina mencionada en la nota anterior se extiende también, expresamente, al «órgano jurisdiccional constitucional del Estado» miembro de que se trate.

(5) Como estableció con rotundidad el Tribunal de Justicia, hace ya tiempo, en su Auto de 5 de marzo de 1986, *as. Wünsche*, 69/85:

Ahora bien, no quedan ahí los efectos de una sentencia de este tipo. Como lo que interpreta es *Derecho de la Unión*, resulta lógico y coherente que lo en ella establecido se irradie más ampliamente y obligue también a cualquier otro órgano jurisdiccional nacional (o a cualquier otro aplicador de tal ordenamiento, podemos añadir) de cualquier Estado miembro que deba aplicar ese mismo Derecho. Dicho de otra manera, ya que lo que hace el Tribunal de Justicia en este tipo de procesos es fijar o establecer la norma europea, su resolución tiene un indudable efecto *erga omnes*, puesto que se extenderá también a cualquier otro supuesto al que haya de aplicarse la disposición interpretada. No hay discrepancia alguna a este respecto porque la finalidad de la cuestión prejudicial es, precisamente, la uniformidad en la aplicación del ordenamiento de la Unión en todos los Estados miembros, a partir de la opción inicial (que, ciertamente, tenía sus riesgos) de entregar la aplicación del Derecho de la Unión a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro (6).

Señalado esto, resta plantearse qué sucede en caso de que el órgano jurisdiccional no siguiese la interpretación dada por el Tribunal de Justicia. Pues bien, sin extendernos ahora en esta importante cuestión, sí se puede dejar apuntado que tal incumplimiento del Derecho de la Unión –pues así hay que caracterizar la hipótesis que acabamos de formular– podría implicar tanto a) la responsabilidad institucional del Estado ante la Unión Europea, por el incumplimiento de sus obligaciones (ex art. 260 TFUE), como b) su responsabilidad patrimonial frente a eventuales particulares que pudieran haber resultado perjudicados por tal actuación (7).

Avanzando ya un poco más, podemos recordar que una disposición que ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia permite considerar que existe ya un *acto aclarado* (8) y, por lo tanto, elimina la obligación de suscitar una cuestión sobre la misma. Pero no impide –y el matiz es importante– que se plantee de nuevo; de tal

«15. La autoridad de que está revestida una sentencia dictada con carácter prejudicial no obsta, sin embargo, a que el Juez nacional que es su destinatario pueda estimar necesario volver a someter la cuestión al Tribunal de Justicia antes de resolver el litigio principal. Según una jurisprudencia constante, un recurso de este tipo puede estar justificado cuando el juez nacional tropieza con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia, cuando plantea al Tribunal una nueva cuestión de derecho, o incluso cuando le somete nuevos elementos de apreciación que puedan conducir al Tribunal a responder de manera diferente a una cuestión ya planteada. Pero esta facultad de volver a interrogar al Tribunal no puede permitir impugnar la validez de la sentencia ya dictada sin un replanteamiento de la distribución de competencias establecida por el artículo [267 TFUE] entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal.

16. Resulta de lo que precede que una sentencia por la que el Tribunal se pronuncia con carácter prejudicial no está entre los actos de las instituciones de la Comunidad que pueden someterse a un procedimiento prejudicial para apreciar su validez conforme al artículo [267] y que, por consiguiente, el Tribunal no es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre las tres primeras cuestiones planteadas.»

(6) Al respecto, *vid.*, por todos, el temprano trabajo GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos», en la obra colectiva, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Civitas. Madrid, 1986, vol. I, especialmente, p. 724.

(7) Para ambos aspectos permítase la remisión a COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel. Madrid, 2015, espec. pp. 39 y ss.; y «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia *Ferreira da Silva*», en *REDE* núm. 58, 2016, pp. 83 y ss.

(8) En la terminología tomada del contencioso francés clásico y utilizada profusamente por la doctrina a partir de la decisiva Sentencia de 6 de octubre de 1982, *as. CILFIT*, 283/81 (expresión que, sin embargo, esta sentencia no utiliza). Repárese en que el Tribunal de Justicia respondía con esta resolución a una cuestión suscitada por la *Corte Suprema di Cassazione* italiana precisa y exclusivamente planteada sobre el alcance del apartado tercero del (entonces) artículo 177 TCEE (hoy art. 267 TFUE).

manera que una cuestión reiterativa no por ello debe ser inadmitida (9), aunque sí podrá ser resuelta, en su caso, por un Auto (10). Es cierto, asimismo, que podemos encontrar casos en los que es el propio Tribunal de Justicia, tras haber resuelto una cuestión interpretativa, el que se dirige a los órganos jurisdiccionales que le habían planteado otras idénticas o similares para inquirirles si les interesa seguir manteniendo su cuestión prejudicial o, por el contrario, se sienten convenientemente instruidos con la ya resuelta y proceden a su retirada (11).

Es más, el órgano que hubiera planteado una cuestión prejudicial, en el mismo asunto que tiene pendiente de resolver, puede volver a solicitar la Tribunal de Justicia una nueva interpretación de la disposición –como en alguna ocasión ya ha sucedido (12)– si, con la que le ha facilitado, no se siente suficientemente ilustrado (13). E incluso puede volver a plantearse una cuestión previamente inadmitida (14).

Por esta razón –por la posibilidad de reiterar el planteamiento de una cuestión prejudicial con el mismo objeto– se suele decir que este tipo de sentencias no tiene efectos de cosa juzgada, prefiriéndose la paráfrasis de cosa interpretada (que conlleva el concepto de «acto aclarado», ya mencionado), lo que permite no plantear cuestión prejudicial pero no lo impide, como acabamos de ver.

(9) Así lo estableció tempranamente en su Sentencia de 27 de marzo de 1963, *as. Da Costa*, 28, 29 y 30/62. Y lo reiteró en la *S. CILFIT*, cit., aptdo. 15, donde afirma que, aunque hubiera jurisprudencia al respecto, los órganos jurisdiccionales nacionales «conservan plena libertad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si lo consideran oportuno». Esta doctrina continúa plenamente vigente, ya que para el Tribunal de Justicia «aun cuando haya una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que resuelva la cuestión de Derecho discutida, los órganos jurisdiccionales nacionales conservan plena libertad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si lo consideran oportuno, sin que el hecho de que las disposiciones cuya interpretación se solicita hayan sido ya interpretadas por el Tribunal de Justicia se oponga a que éste se pronuncie de nuevo» (Sentencia de 1 de febrero de 2017, *as. Secretary of State for Work and Pensions*, C-430/15, aptdo. 34).

(10) Pues, como establece el artículo 99 RPTJ, «cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado».

(11) Como fue, por ejemplo, lo que sucedió en los entresijos del asunto *Köbler*, con un resultado final, en aquel caso, ciertamente indeseado (*vid.* la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/11, aptdos. 8 y 9).

(12) *Vid.* la *S. Milch-, Fett- und Eierkontor*, cit.; y, más recientemente, la Sentencia de 6 de marzo de 2003. *as. Kaba II*, C-466/00, aptdo. 39, donde podemos leer: «Con carácter preliminar, procede recordar que la autoridad de que está revestida una sentencia dictada con carácter prejudicial no obsta a que el juez nacional que es su destinatario pueda estimar necesario volver a someter la cuestión al Tribunal de Justicia antes de resolver el litigio principal. Un recurso de este tipo puede estar justificado cuando el juez nacional tropieza con dificultades de comprensión o de aplicación de la sentencia, cuando plantea al Tribunal una nueva cuestión de Derecho, o incluso cuando le somete nuevos elementos de apreciación que puedan conducir al Tribunal a responder de manera diferente a una cuestión ya planteada (...)».

(13) Así, el artículo 104 RPTJ precisa que lo establecido en su artículo 158, relativo a la interpretación de sentencias y autos –el equivalente a nuestras solicitudes de aclaración de sentencias (art. 267 LOPJ y 93.1 LOTC)–, no es aplicable a las resoluciones adoptadas en respuesta a una petición de decisión prejudicial. Añadiendo en su segundo apartado que «corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial».

(14) A este respecto, *vid.* la antigua Sentencia de 16 de diciembre de 1981, *as. Foglia*, 244/80.

En este orden de consideraciones, también hay que señalar que no resultan en absoluto insólitas, sino por el contrario muy frecuentes, las cuestiones prejudiciales que solicitan una interpretación de una previa sentencia interpretativa (15).

De todas maneras, en la presentación general de la cuestión prejudicial en forma de diálogo –como la que acabamos de hacer– a veces se suelen descuidar algunos aspectos relevantes, cual es, por ejemplo, la posición asimétrica de los participantes. En efecto, solo y siempre lo inicia el órgano jurisdiccional estatal, en ningún caso puede plantearse *ex officio* por el Tribunal de Justicia; pero la última palabra la tiene siempre el Tribunal de Luxemburgo; y, mientras que lo que aporta el órgano solicitante solo le sirve de ilustración al Tribunal de Justicia, lo que éste dice resulta vinculante no solo para su interlocutor, sino también para todos los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros, aunque no hayan intervenido (pudiendo, a lo más, intentar reabrir la discusión). Y también ha de tenerse en cuenta que intervienen, formulando alegaciones, otros sujetos distintos de los dos órganos jurisdiccionales: así, los interesados en el proceso *a quo*, el Gobierno del Estado del que proviene la cuestión prejudicial (que suele intervenir siempre), otros gobiernos (que suele ser muy usual que consideren conveniente aportar sus respectivos puntos de vista sobre el Derecho de la Unión Europea, en la medida en la que les afecte) y la Comisión.

2. SU APLICACIÓN AL CASO DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR SU INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La consideración sobre la necesidad de precisar el alcance de una previa interpretación del Tribunal de Justicia resulta de plena aplicación al caso que nos ocupa. En efecto, si los grandes principios de las relaciones interordinamentales entre el Derecho de la Unión y los Derechos de los Estados miembros –efecto directo, primacía, interpretación conforme, aplicación directa de determinadas directivas y, finalmente, responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión– son una pura creación jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, cualquier nueva duda o cuestión sobre su alcance lógicamente implica preguntar sobre el acervo jurisprudencial donde se han acuñado aquéllos (y no sobre concretas disposiciones de los Tratados). Así, si como es nuestro caso, el principio de la responsabilidad patrimonial estatal ha sido elaborado jurisprudencialmente, las dudas interpretativas que surgen en los órganos jurisdiccionales estatales suelen ser, propiamente, dudas *metainterpretativas*, esto es, necesidad de esclarecer el alcance de la interpretación de una previa interpretación del Tribunal de Justicia (16).

(15) Así, por ejemplo, puede verse la Sentencia de 13 de noviembre de 2012, *as. Test Claimants*, C-35/11, donde la *High Court of Justice* le pregunta al Tribunal de Justicia, directamente, por el significado de un apartado de la previa Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *as. Test Claimants*, C-446/04. O la más reciente *S. M. A. S.*, cit., en la que la *Corte costituzionale* le solicita aclaraciones al Tribunal de Justicia sobre diversos extremos de su anterior Sentencia de 8 de septiembre de 2015, *as. Taricco*, C-105/14

(16) *Id.*, así, por ejemplo, la *S. Köbler*, cit., C-224/01, donde el órgano jurisdiccional austriaco le cuestionó al Tribunal de Justicia sobre la aplicabilidad de la doctrina *Brasserie* al supuesto del incumplimiento de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia.

Como veremos inmediatamente, este mecanismo de la cuestión prejudicial ha resultado clave en el tema que nos ocupa, pues han sido las diversas iniciativas de algunos órganos jurisdiccionales las que han abierto el diálogo –haciéndole intervenir de manera reiterada al Tribunal de Justicia–, con lo que le han permitido ir precisando, ampliando y evolucionando su doctrina.

III. LA ELABORACIÓN DEL PRINCIPIO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LUXEMBURGO

1. SU INICIAL ESTABLECIMIENTO COMO PRINCIPIO INHERENTE AL SISTEMA DEL TRATADO (1991)

Como tantos otros aspectos decisivos para el Derecho de la Unión Europea, la responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor de las obligaciones que establece el Derecho de la Unión es un producto del genio creativo del Tribunal de Luxemburgo (17) y tiene una fecha de nacimiento bien precisa: la *Sentencia Francovich* (18).

El establecimiento explícito de la responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor se efectúa, inicialmente, a partir de un auténtico «agujero negro» del Derecho de la Unión Europea, como era el incumplimiento por un Estado de su obligación de desarrollar o incorporar debidamente a su ordenamiento el contenido de una Directiva. De tal manera que, en el caso, la inactividad del Estado italiano había tenido la consecuencia de frustrar el goce de los derechos que la Directiva obligaba a incluir en los ordenamientos estatales en beneficio de los trabajadores. Ante esta situación de «impotencia» para la efectiva aplicación del Derecho de la Unión Europea en casos en los que, además, se produce un perjuicio a los particulares, el Tribunal de Justicia dará el paso decisivo en la cuestión que nos ocupa desplegando la siguiente argumentación:

a) Si, por un lado, «la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconoce se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro» (19).

(17) Para mayores detalles valga con la remisión a COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, cit., especialmente pp. 25 y ss.

(18) De 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, dictada por el Pleno en cuestión prejudicial interpretativa solicitada por sendos juzgados italianos. Aunque conveniente advertir inmediatamente que esta Sentencia no será la construcción completa y definitiva

(19) *S. Francovich*, cit. aptdo. 33. Vemos pues que, como destacó inmediatamente SCHOCKWEILER, F., en «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», en *RTDE* núm. 1, 1992, p. 42, esta construcción tiene también un confesado carácter objetivo o de afianzamiento del ordenamiento supranacional. Pero ahora interesa destacar –por lo que más adelante se verá (*vid. infra* nota 93)– que, ya desde el inicio, está inmediatamente presente la finalidad de garan-

b) Y si, por otro lado, «la posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario» (aptdo. 34).

c) Para el Tribunal de Luxemburgo, la rotunda conclusión será que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado» (aptdo. 35).

De esta manera tan lineal y, en apariencia, sencilla quedará entronizado *ex novo* en el Derecho de la Unión Europea el principio de la responsabilidad patrimonial (extracontractual) de los Estados.

La *S. Francovich* enuncia con carácter general el principio y establece tres requisitos, necesarios y suficientes, para generar indemnización en beneficio del perjudicado: «El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas» (aptdo. 40).

Pero si los requisitos materiales vienen establecidos por el Derecho de la Unión Europea (20), el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria contra el Estado habrá de hacerse en el marco del Derecho estatal en materia de responsabilidad y, por lo tanto, en último término deberán garantizarlo los tribunales nacionales. Remisión que irá acompañada siempre de la cautela que implica el inexcusable respeto de los principios (también de Derecho de la Unión Europea) de efectividad y equivalencia.

Conviene, finalmente, una observación que tiene relación con el objeto de este trabajo y a la que luego volveremos: teniendo en cuenta las novedosas consecuencias que acarrea la introducción de este principio en las relaciones entre el Derecho de la Unión y el de los Estados, el Abogado General se hizo eco en sus Conclusiones de la demanda subsidiaria del Gobierno italiano, que solicitaba limitar en el tiempo los efectos de esta Sentencia interpretativa (21), pretensión a la que aquél se mostraba favorable (22). Sin embargo, la Sentencia ignorará absolutamente esta petición, ya que ni la menciona.

tía de los derechos de los particulares (aspecto subjetivo); en este caso, bajo la forma (sustitutoria) de la indemnización para el caso de su conculcación parte del Estado.

(20) El derecho a la indemnización «está basado directamente en el Derecho comunitario», se encarga de enfatizar esta Sentencia (aptdo. 41).

(21) Sobre esta no sencilla cuestión, *vid.* más ampliamente COBREROS MENDAZONA, E., «Los efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *RVAP* núm. 105, 2016, pp. 67 y ss.

(22) Conclusiones del Sr. Mischo presentadas el 28 de mayo de 1991: «He aquí por qué creo que hay que admitir la demanda subsidiaria del Gobierno italiano y limitar en el tiempo los efectos de la sentencia de este Tribunal de Justicia. En efecto, los Estados miembros han podido estimar razonablemente que solo se podía poner en juego su responsabilidad por la infracción de una norma de Derecho comunitario basándose únicamente en las disposiciones del Derecho nacional, y que esta respon-

2. LA CONSTRUCCIÓN DEFINITIVA DEL PRINCIPIO (1996)

Menos de cinco años más tarde, el Tribunal de Justicia dicta un destacadísimo pronunciamiento, como es la *Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame* (23). Se trataba en ella de confrontar si el principio de la responsabilidad estatal regía también en el supuesto de un incumplimiento atribuible directamente al Parlamento «soberano» de un Estado. La Sentencia entra de lleno en los problemas de la responsabilidad estatal por incumplimiento y expresa el principio fundamental y elemental común a todos los ordenamientos de los Estados, que le servirá de sólido punto de partida: «una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado», lo que considera extensible también a los supuestos en los que son los poderes públicos los que originan el daño (aptdo. 29).

Así, el Tribunal de Justicia sostendrá que el principio de la responsabilidad estatal resulta aplicable en cualquier supuesto de violación del Derecho de la Unión por parte de un Estado, explicitando además que tal responsabilidad surge «independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento» (aptdo. 32), con lo que la obligación resarcitoria tendrá lugar también –acabará diciendo– cuando el incumplimiento dañoso «sea atribuido al legislador nacional» (aptdo. 36).

Hay dos aspectos de esta Sentencia que conviene destacar ahora separadamente.

El primero se refiere a la autonomía recíproca existente entre, por un lado, el incumplimiento estatal de las obligaciones frente a la Unión y, por otro lado, el incumplimiento estatal que produce un daño a un particular (que es lo que aquí más interesa); ámbitos que conviene deslindar debidamente.

Así, para declarar la responsabilidad estatal no es precisa, de ninguna manera, la existencia previa de una Sentencia del Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento *ex artículo* 260 TFUE (24). Si existe un pronunciamiento previo declara-

sabilidad no podía quedar comprometida por no haber adaptado su Derecho interno a una Directiva que no producía efecto directo. En estas circunstancias, consideraciones imperiosas de seguridad jurídica se oponen a que se vuelvan a poner en tela de juicio situaciones jurídicas que agotaron sus efectos en el pasado, siendo así que, en tal caso, podrían derivarse importantísimas consecuencias económicas para los Estados miembros. En otras palabras, *propongo a este Tribunal de Justicia que declare que los principios que establezca (en su caso) en su sentencia no podrán aplicarse a un perjuicio sufrido en una fecha anterior a esta sentencia. Sin embargo, procede hacer una excepción en favor de quienes, antes de la fecha de la sentencia de este Tribunal, hayan entablado una acción judicial o formulado una reclamación equivalente*» (aptdo. 86, la cursiva está añadida).

(23) De 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93, dictada por el Pleno del Tribunal.

(24) Esta apreciación encaja perfectamente en la perspectiva en la que el Tribunal de Justicia viene situando, desde mucho tiempo atrás, al Derecho de la Unión. Así, a comienzos de los ochenta, refiriéndose expresamente a la función y cometidos del recurso por incumplimiento –y tras recordar que, en el caso de que la Sentencia declare la incompatibilidad con el Tratado de determinadas disposiciones legislativas de un Estado miembro, «ello supone, para las autoridades que participan en el ejercicio del poder legislativo, la obligación de modificar las disposiciones de que se trate, de manera que estas últimas sean conformes a las exigencias del Derecho comunitario»–, afirmó con claridad que las sentencias dictadas en este tipo de proceso «tienen por objeto, en primer término, definir los deberes de los Estados miembros en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Los derechos en favor de los particulares derivan de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tengan un efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros» (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, *as. Waterkeyn*, 314 a 316/81 y 83/82, aptdos. 14 y 15, respectivamente).

tivo del incumplimiento estatal, obviamente, será mucho más sencillo el reconocimiento de la responsabilidad, porque tendríamos adverbado el requisito básico del incumplimiento. Pero no es un requisito imprescindible, puesto que, si se exigiera tal condición, se limitarían enormemente las posibilidades efectivas de reparación de los particulares (cuyo *locus standi* ante el Tribunal de Luxemburgo es limitadísimo en los recursos por incumplimiento, como es sabido) (25).

El segundo –y muy relevante, por lo que luego se verá–, es la inclusión del requisito consistente en que, para que el daño sea indemnizable, la violación del Derecho de la Unión cometida debe ser *suficientemente caracterizada*.

En efecto, la *S. Brasserie* modifica en un punto capital la construcción efectuada en la *S. Francovich* –debido probablemente a las críticas de incoherencia que se habían formulado a ésta– y trae a colación la experiencia habida con respecto a la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la propia Unión, prevista en el artículo 340 TFUE. Así, dirá que «los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoidad que origina el daño» (26).

Esta homogeneización de régimen de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea –que conduce a que resulte indiferente que corresponda la obligación resarcitoria a la Unión o a un Estado miem-

(25) En palabras del Tribunal: «la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple dicho requisito»; y «supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo [258 TFUE] y de una condena por parte del Tribunal de Justicia. Pues bien, los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar, con arreglo al artículo [258 TFUE], en contra de un Estado miembro ni de que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento» (*S. Brasserie*, cit. aptdos. 93 y 95).

En fin, tampoco estará de más completar lo anterior señalando que no solo no es exigible un pronunciamiento previo del Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento, sino tampoco una Sentencia previa de la que se deduzca el mismo, vía interpretación del Derecho de la Unión (esto es, dictada en virtud de lo previsto en el art. 267 TFUE). Nuevamente hay que decir que, si existe tal pronunciamiento, el incumplimiento estatal posterior será indubitablemente manifiesto, pero tampoco es imprescindible a efectos de obtención de la reparación.

Ambas precisiones deben tenerse en cuenta a tenor de la regulación legal establecida recientemente entre nosotros y a la que haremos referencia *infra*, en el último apartado de este trabajo.

(26) Apto. 42. Algo más tarde, esto mismo se sostendrá también desde la «otra perspectiva», es decir, para aplicar al régimen de la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea lo establecido en los casos de responsabilidad de los Estados, con lo que la duplicidad de sistemas se reconducirá definitivamente a la unidad. *Vid.* la Sentencia de 4 de julio de 2000, *as. Bergaderm*, C-352/98P. En esta Sentencia, dictada en un recurso de responsabilidad contra la Comisión, el Tribunal de Justicia reitera (en casación) lo que se acaba de recoger, pero esta vez, como se ha señalado, *en el otro sentido*.

bro— acarrea la incorporación al régimen de la responsabilidad estatal del requisito de la «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión Europea (27). Lo que significa que no cualquier infracción del ordenamiento de la Unión originará la obligación de indemnizar, sino solo aquella que reúna esta característica, precisamente, que es equivalente a una violación *manifiesta y grave* del Derecho de la Unión Europea (28).

Ante la evidente indeterminación del requisito de la violación suficientemente caracterizada, el propio Tribunal de Justicia consideró conveniente aportar algunos elementos de clarificación (29) para que, cuando los órganos jurisdiccionales estatales conozcan de una reclamación de este tipo, puedan aplicar correctamente este presupuesto (30).

La finalidad a la que responde esta creación jurisprudencial del requisito de la violación suficientemente caracterizada no es otra —como, por lo demás, resulta evidente— que restringir o limitar los supuestos indemnizatorios. Dicho más direc-

(27) Que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia venía exigiendo a las pretensiones indemnizatorias contra la Comunidad, al menos desde comienzos de los setenta (pues ya aparece en la Sentencia de 2 de diciembre de 1971, *as. Zuckerfabrick Schöppenstedt*, 5/71, aptdo. 11). Sobre este decisivo (y discutido) concepto jurisprudencial, valga la remisión a GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 230 y ss., 314 y ss. y, sobre todo, 495 y ss. y, más actualizadamente, en «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en la obra colectiva dirigida por Beneyto y coordinada por Maillo y Becerril, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor, tomo V, 2012, espec. pp. 433 y ss.

(28) Como el propio Tribunal de Justicia se encarga de señalar, recordando su asentada jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión: «sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades» (*S. Brasserie*, cit., aptdo. 45).

(29) Tales elementos a tener en cuenta son: a) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, b) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, c) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, d) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y e) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión Europea hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión (aptdo. 56).

En la *S. Brasserie* se efectúa también una aportación (que se mantiene vigente desde entonces, sin variación), cual es la de establecer claramente que siempre habrá una violación suficientemente caracterizada en los siguientes supuestos: 1.º cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haberse dictado una Sentencia que declare la existencia del incumplimiento estatal (*ex art. 260 TFUE*); 2.º cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haber una Sentencia prejudicial interpretativa de la que se deduzca el incumplimiento; y 3.º cuando existiera una jurisprudencia reiterada en la materia, de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento estatal en cuestión.

(30) Este concepto de la violación suficientemente caracterizada no ha sido posteriormente determinado con mayores precisiones, además del ya mencionado carácter de «manifiesto» y «grave», sino simplemente reiterado *ad nauseam*. A lo más, podrían citarse algunos pronunciamientos del Tribunal General, en recursos por indemnización contra la Unión —o sea, *ex artículo 340 TFUE* (por remisión del art. 268 TFUE), pero que ya se ha visto cómo el Tribunal de Justicia ha interpretado que debe compartir régimen jurídico con el caso que aquí nos ocupa—, que consideran cumplido el requisito de la violación suficientemente caracterizada cuando se compruebe «una irregularidad que no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias» (Sentencia de 12 de julio de 2001, *as. Comafrika*, T-198/95, 171/96, 230/97, 174/98 y 225/99, aptdos. 138 y 149; Sentencia de 26 de enero de 2006, *as. Medici Grimm c. Comisión*, T-364/03, aptdo. 79; Sentencia de 3 de marzo de 2010, *as. Artegodañ c. Comisión*, T-429/05, aptdo. 62; y Sentencia de 23 de noviembre de 2011, *as. Sison III c. Consejo*, T-341/07, aptdo. 39).

tamente, se trata de salvaguardar la posibilidad de casos en los que, pese a producirse y constatarse un incumplimiento (en nuestro caso, de un Estado miembro; anteriormente, solo de una Institución de la Unión Europea), el daño originado no tenga que ser resarcido. En definitiva, se trata de admitir o reconocer un cierto *margen de tolerancia* frente a la ilegalidad, que implica la no resarcibilidad de algunas actuaciones u omisiones ilegales dañosas. La justificación de esta opción puede presentar alguna dificultad, ya que el Tribunal de Justicia no la ha explicitado nítidamente, en el caso de la responsabilidad de los Estados miembros, sino que –por la tan reiterada unificación de sistema de responsabilidad extracontractual– tenemos que deducirla de las razones que en su momento fundamentaron (y siguen haciéndolo en lo esencial) esta restricción en favor de las Instituciones de la Unión (31).

Así, el motivo que ha llevado al Tribunal de Luxemburgo a introducir el requisito de la cualificación de la ilegalidad cometida por una Institución europea es que el interés general justifica la comisión de algún yerro o contravención de la legalidad que no comporte consecuencias indemnizatorias, siempre que no se supere un determinado umbral de soportabilidad.

La introducción de este requisito ha podido presentar algún aspecto positivo, pero indudablemente los tiene también muy también negativos (aunque ahora no procede detenerse en ellos) (32). Eso sí, no conviene olvidar que su exigencia está

(31) Como ha reconocido de manera palmaria el Tribunal General, refiriéndose a una actuación de la Comisión –por lo tanto, a la responsabilidad *ex art.* 340 TFUE–, la exigencia de una violación suficientemente caracterizada «pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas no menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en el interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables» (Sentencia de 3 de marzo de 2010, *as. Artogodan c. Comisión*, T-429/05, aptdo. 55; Sentencia de 16 de septiembre de 2013, *as. ATC c. Comisión*, T-333/10, aptdo. 65; Sentencia de 25 de noviembre de 2014, *as. Săfa Nicu Sepahan c. Consejo*, T-384/11, aptdo. 51; y Sentencia de 17 de marzo de 2016, *as. Zoofachhandel c. Comisión*, T-817/14, aptdo. 43).

(32) A) Entre los primeros, que propicia la coherencia del sistema, puesto que resultaba difícil de justificar el mantenimiento de dos «varas de medir»: una responsabilidad más estricta (y, por lo tanto, más dificultades para obtener la reparación), cuando tenía que indemnizar la Unión Europea y otra responsabilidad más amplia (y, por lo tanto más favorable al resarcimiento), cuando quienes tenían que indemnizar eran los Estados miembros. Además, la construcción teóricamente debía ser común y no ajena o extraña para nadie, porque la responsabilidad de la Unión se tiene que edificar –como es sabido– a partir de «los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros» (según establece el citado párrafo segundo del art. 340 TFUE); con lo cual, además, en último término era previsible que se produjese el conocido como efecto *boomerang*: el sistema existente en los ordenamientos de los Estados inspiraba el de la Unión y, luego (con la *S. Brasserie*, precisamente), éste generaba en el ordenamiento de la Unión el sistema de responsabilidad de los Estados incumplidores.

B) Como aspectos negativos podemos señalar que la caracterización del incumplimiento como constitutivo de una violación suficientemente caracterizada no deja de ser una creación propia y muy específica del Tribunal de Justicia (a partir de su jurisprudencia de los años setenta y, sobre todo, ochenta), con los problemas que podía generar (y, de hecho, así ha sucedido) su interpretación y aplicación por los jueces estatales. También tenemos que tener en cuenta que el ámbito de actuaciones en el que se produce la responsabilidad de una (la Unión) y de otros (los Estados) es, respectivamente, diferente y extender a éstos lo previsto para aquélla puede llegar a resultar disfuncional (cosa que así se ha visto que podía suceder y que ha obligado, con el tiempo, a matizar el sistema, como veremos en

muy firmemente establecida en el Derecho de la Unión Europea, tanto para el caso de que el resarcimiento le corresponda a alguna Institución de la Unión Europea (incumplidora), como para el caso que ahora nos ocupa, esto es, cuando el resarcimiento le corresponda a un Estado (incumplidor).

En fin, para esta construcción el Tribunal tampoco accederá a una limitación temporal *a futuro* de sus efectos, esto es, que su Sentencia tuviera carácter prospectivo. Es verdad que, a diferencia de *Franovich*, esta *S. Brasserie* sí que se hace eco de la solicitud del Gobierno alemán con tal propósito, pero para descartar expresamente tal restricción temporal de los efectos de su interpretación (33).

3. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS POR SU INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

De lo que acabamos de ver podemos concluir que la responsabilidad patrimonial del Estado –de la que, se insiste, no había un solo rastro en la letra del Tratado de la Comunidad Económica Europea; ni lo hay, hoy en día, en el vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea– aparece como principio del Derecho de la Unión Europea relativamente tarde (en comparación con los otros grandes principios interordinamentales), puesto que no se formula por primera vez hasta finales de 1991, adquiriendo su definitiva consistencia en 1996. Moldeado, inicialmente, como una responsabilidad de tipo objetivo, en la que conscientemente se prescindió del requisito de la violación suficientemente caracterizada (34); posteriormen-

seguida). En fin, si el propio concepto de violación suficientemente caracterizada, en su aplicación a la responsabilidad de la Unión, por las limitaciones que acarrea, no había estado exenta de autorizadas críticas –así, el Abogado General Léger, en las Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995, en el *as. Hedley Lomas*, C-5/94, se hizo favorable eco de las opiniones que consideraban el sistema de la responsabilidad *ex 340* TFUE como «*insatisfactorio*, demasiado riguroso e insuficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo» (aptd. 145, la cursiva en el original); por su parte, en las Conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1995 (aptd. 63) a este *as. Brasserie*, el Abogado General Tesauró no tendría reparo en decir que «esta jurisprudencia estableció requisitos tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño»– era lógico prever que ahora se produjesen en relación al sistema de la responsabilidad de los Estados. Es más, el Abogado General Léger, en las muy elaboradas Conclusiones recién citadas (aptd. 111), propuso no que la responsabilidad de los Estados se recondujese a la de las Instituciones de la Unión Europea (como así sucedería en *Brasserie*), sino al revés, que fuese la de éstas la que se aproximase a la que en aquel momento tenían los Estados y que era la establecida en *Franovich* (que, como sabemos, no incluía esta discutida limitación). Y, en fin, es el propio fundamento de la exención de responsabilidad patrimonial el que puede (y debe) ponerse en tela de juicio, si reparamos en que supone –conviene insistir en ello– que una actuación ilegal que produce un daño no acarrea su resarcimiento al particular perjudicado por ella.

(33) *S. Brasserie*, cit., 97 y 100.

(34) Pues el Abogado General Mischo, en sus citadas Conclusiones, razonó de la siguiente manera (las cursivas están en el propio texto):

«71. En el presente caso, lo indicado sería que la concesión de una indemnización de daños y perjuicios por un órgano jurisdiccional nacional como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario por un Estado miembro estuviera sujeta a los mismos requisitos que exige el Tribunal de Justicia para conceder una indemnización de este tipo por la infracción del mismo Derecho comunitario por parte de una Institución de la Comunidad. Esto permitiría evitar que, basándose en el Derecho comunitario, se comprometiera la res-

te, se introdujo este requisito para hacer equivalente el sistema de la responsabilidad estatal al de la responsabilidad de las Instituciones de la Unión Europea cuando éstas incumplen su Derecho y tienen un amplio margen de discrecionalidad, sobre todo en las actuaciones normativas (con *Brasserie*); y finalmente, se extendió la exigencia de la violación suficientemente caracterizada a todos los casos de incumplimiento, sin perjuicio de que, cuando no existe margen de apreciación, el mero incumplimiento ya pueda considerarse una violación suficientemente caracterizada (35); estadio en el que ahora nos encontramos, por lo que a este requisito se refiere.

La responsabilidad estatal de este tipo no tiene como objetivo la disuasión o la imposición de una sanción, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros. Procede precizarlo porque, a veces, se ha insistido en el supuesto carácter sancionatorio de esta construcción (36). Pero conviene diferenciar bien, entonces, a) la responsabilidad de los Estados *frente a las Instituciones de la Unión* en caso de incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea, de b) la que surge *ante los particulares perjudicados* por tal hecho, que es la que aquí estamos considerando. Aquélla, a diferencia de ésta, no se activa por la lógica del resarcimiento (37). Además, el incumplimiento estatal

ponsabilidad de los Derecho comunitario por parte de uno de sus órganos en aquellos casos en los que no se generara la responsabilidad extracontractual de la Comunidad en caso de la infracción del citado Derecho por una de sus Instituciones. Me parece que esto es tanto más válido cuanto que debe considerarse que las normas que a este respecto ha deducido el Tribunal de Justicia, basándose en el párrafo segundo del artículo 215 del Tratado, emanan de los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Por lo demás, me parece legítimo considerar que ya constituye una expresión de esta solución la declaración efectuada por el Tribunal de Justicia en el apartado 18 de su citada sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Asteris* y otros, según la cual una sentencia del Tribunal de Justicia, por la que éste se niega a reconocer que la responsabilidad de la Comunidad, por la ilegalidad de un acto de una de sus Instituciones, quede comprometida con arreglo al párrafo segundo del artículo 215 del Tratado, “impide que pueda generarse una responsabilidad por parte de una autoridad nacional, que se ha limitado a aplicar la normativa comunitaria, sin que sea imputable a dicha autoridad la ilegalidad de que esté viciada tal normativa”.

72. Precisaré que, aunque conforme a la solución preconizada el órgano jurisdiccional nacional no puede *estar obligado* a declarar la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario en los supuestos en los que no haya sido declarada la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por infracción del mismo Derecho por parte de una de sus Instituciones, aquel órgano podría admitir, no obstante, la responsabilidad del Estado en condiciones más generosas si, a pesar de todo, lo permite su Derecho nacional. En otras palabras, el órgano jurisdiccional nacional debe reconocer la responsabilidad del Estado *al menos* en las condiciones que darían lugar a la responsabilidad de la Comunidad.»

Y en los siguientes apartados se dedicó a desarrollar profusamente la aplicación de los criterios jurisprudenciales ya existentes, incluido el de la violación suficientemente caracterizada.

(35) A partir de la Sentencia de 23 de mayo de 1996, as. *Hedley Lomas*, C-5/94.

(36) Lo que en 1991 pudo, quizá, resultar algo más comprensible si se tiene en cuenta que las previsiones de la condena al pago de una suma a tanto alzado y/o multa coercitiva, prevista en el actual artículo 260.2 TFUE –para el Estado recalcitrantemente incumplidor–, no aparecen hasta el Tratado de Maastricht (1992). Al analizar si resultan comparables los sistemas indemnizatorios por ley inconstitucional y por ley contraria al Derecho de la Unión Europea volveremos sobre ello (*vid. infra* nota 93).

(37) Lo ha dicho con claridad el Tribunal de Justicia desde las dos ópticas:

A) «El procedimiento previsto en el artículo [260 TFUE], apartado 2, es un proceso judicial especial, propio del Derecho comunitario, que no puede asimilarse a un proceso civil. La condena al pago de una multa coercitiva o de una suma a tanto alzado no tiene por objeto indemnizar el perjuicio que haya podido causar el Estado miembro de que se trate, sino ejercer una presión económica que le induzca a poner fin al incumplimiento declarado. Por consiguiente, las sanciones pecuniarias impuestas deben determinarse en función del grado de persuasión necesario para que dicho Estado miembro

frente a la Unión es de carácter objetivo, pues se refiere a cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones contraídas en los Tratados y no tiene en cuenta otros factores (los Estados no quedan eximidos de tal incumplimiento aunque no hayan tenido «culpa» alguna), mientras que el destinado al resarcimiento requiere la existencia de otros requisitos específicos, como sabemos. En fin, los cauces jurídicos respectivos son radicalmente distintos: en el primer caso, el medio más usual es el proceso (declarativo) de incumplimiento (*ex arts. 258 a 260 TFUE*) ante el Tribunal de Justicia (38); en el supuesto que ahora nos ocupa, su materialización habrá de efectuarse por las vías «internas» (esto es, las establecidas en y por cada Estado) para la reparación del daño así causado.

Este principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados tiene el carácter de mínimo (39), en el sentido de que debe ser respetado por los Estados, pero que puede ser mejorado por el ordenamiento de cada uno de ellos, de tal manera que no puede resultar de peor condición que el sistema «interno» de daños equivalente (40).

En fin, su concreción o materialización efectiva queda encargada a las jurisdicciones nacionales, aunque siempre presidida por los principios de equivalencia y efectividad, puesto que, si bien la jurisprudencia luxemburguesa reconoce que corresponde a cada ordenamiento estatal la fijación de los criterios que determinan la cuantía de la reparación, también advierte de que no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes basadas en el Derecho estatal y que, en ningún caso, podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación (41).

IV. LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL PRINCIPIO POR NUESTRA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

De entrada podemos afirmar que el análisis de la jurisprudencia existente muestra, sin lugar a dudas, que el principio de la responsabilidad patrimonial del

modifique su comportamiento» (Sentencia de 12 de julio de 2005, *as. Comisión c. Francia*, C-304/02, aptdo. 91).

B) «La responsabilidad de un Estado miembro basada en el Derecho comunitario no tiene como objetivo la disuasión o la imposición de una sanción, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros» (Sentencia de 17 de abril de 2007, *as. AGM-COS. MET*, C-470/03, aptdo. 88).

(38) En determinados supuestos seguido o acompañado de una condena a una multa coercitiva y/o a tanto alzado, en virtud de los apartados 2 y 3 del artículo 260 TFUE.

(39) De «estándar mínimo de protección» lo calificó el Abogado General Léger en las Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995 en el *as. Hedley Lomas*, cit., aptdo. 144. *Vid.*, asimismo, lo que se dice *infra*, en el apartado VI.3 de este trabajo.

(40) Entre nosotros, un destacado especialista ha dicho sobre esta construcción que el Tribunal de Justicia «estimó que su papel no era el de hacer de avanzadilla sino, más modestamente, el de trazar uno mínimos que pueden y deben ser ampliados en la medida en que los ordenamientos nacionales sean más generosos, en virtud del principio de equivalencia» (GUICHOT REINA, E., en «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», en *REDE* núm. 60, 2016, p. 71, las cursivas están en el original).

(41) *Vid.*, en este sentido, la *S. Brasserie*, cit. aptdo. 83.

Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión no ha resultado ni desconocido ni extraño para nuestros tribunales del orden contencioso-administrativo, que lo han venido aplicando desde hace ya muchos años (42).

En efecto, el primer pronunciamiento (salvo error) en relación con este principio lo constituye una Sentencia de la Audiencia Nacional de 1998 (43), desestimatoria de una petición de indemnización formulada finalizando 1993 (44). Del Tribunal Supremo, la primera Sentencia que resuelve directamente un recurso contencioso-administrativo sobre este tipo de pretensión indemnizatoria es un año posterior (45).

Las dos primeras sentencias que conceden una indemnización de esta clase son de la Audiencia Nacional, de los años 2000 (46) y 2002 (47), respectivamente. Si bien la Sentencia que ha sido siempre más destacada es la del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 (48). Con posterioridad, se han producido numerosas sentencias estimatorias, que resultaría imposible mencionar aquí, incluidas varias por la aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea (49).

(42) Como el propio Tribunal Supremo ha reconocido, un tanto enfáticamente, «no constituye novedad para este Tribunal asumir de forma clara la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades en relación con la responsabilidad objetiva del Estado por violación del derecho comunitario establecida a partir de la sentencia *Francovich*» [Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010, rec. núm. 21/2008 (ponente Picó)]. Aunque debe repararse en que esta referencia a la (supuesta) objetividad del sistema resarcitorio era correcta solo al inicio (con *Francovich* y hasta *Brasserie*), pero ya no lo era, claramente, en el momento de dictarse esta Sentencia, como bien sabemos.

(43) Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998, rec. núm. 1287/1995 (ponente Mangas).

(44) Dato temporal, este último, que se aporta para advertir de la rápida atención que la doctrina *Francovich* (noviembre de 1991, como ya sabemos) despertó en nuestro mundo jurídico-profesional.

(45) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1999, rec. núm. 404/1995 (ponente Peces).

(46) Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2000, rec. núm. 37/1997 (ponente Mangas).

(47) Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2002, rec. núm. 365/2001 (ponente Menéndez Rexach).

(48) Rec. núm. 46/1999 (ponente Sieira). Llamativo y destacable pronunciamiento sobre todo por lo abultado de la indemnización concedida a la recurrente, Canal Satélite Digital SA (más de cuatro mil cuatrocientos millones de pesetas; si bien debe precisarse que tal cantidad constituía la cuarta parte de lo solicitado), y por las implicaciones político-mediáticas que tuvo el caso. El fundamento último del fallo estimatorio hay que buscarlo en la incorrecta incorporación al ordenamiento español de la Directiva sobre transmisión de señales de televisión (falta de corrección adverada por el propio Tribunal de Justicia en su *Sentencia Canal Satélite Digital*, de 22 de enero de 2002, C-390/99, contestando a la cuestión planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, precisamente). La Sentencia es extensísima, dedicando mucho espacio al tratamiento del Derecho de la Unión, con manejo de primera mano de la jurisprudencia luxemburguesa, si bien también hay que reconocer que adolece de una cierta confusión en la prolijidad de sus planteamientos.

(49) Valga con citar, por ejemplo, dos de las más recientes, como son: A) la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2017, rec. núm. 458/2015 (ponente Díez-Picazo), la última por ahora de una «saga» de sentencias estimatorias por la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (creado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre e interpretada incompatible con el Derecho de la Unión Europea por la Sentencia de 27 de febrero de 2014, *as. Jordi Besora*, C-82/12), que comienza con la Sentencia de 18 de febrero de 2016, rec. núm. 12/2015 (ponente Teso); y B) la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2017, rec. núm. 2/2016 (ponente Trillo Alonso), que estima la solicitud de indemnización por la aplicación del régimen tributario en materia de sucesiones, calificada de contraria al Derecho de la Unión Europea por la Sentencia del

Las reclamaciones basadas en esta nueva causa indemnizatoria, entonces, podemos afirmar que emergieron en nuestro panorama jurisprudencial de manera bastante temprana –como suele suceder siempre que hay posibilidades de obtener dinero, por otra parte–, correspondiéndole a nuestra jurisdicción contencioso-administrativa la responsabilidad de su correcta materialización.

V. LA INICIAL DIFERENCIA DE REQUISITOS PROCEDIMENTALES PARA LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNA LEY INCONSTITUCIONAL Y POR UNA LEY CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, SOLUCIONADA POR EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

Desde su toma de postura en la Sentencia de 29 de enero de 2004 (50), el Tribunal Supremo venía rechazando expresamente trasladar la construcción sobre la responsabilidad estatal por Ley inconstitucional (51) al caso de la responsabilidad estatal por Ley incompatible con el Derecho de la Unión (52).

Dicho muy resumidamente, para el Tribunal Supremo, al contrario de lo que sucede con los actos de aplicación de una Ley después declarada inconstitucional –en donde no puede considerarse una carga exigible al particular que, con la finalidad de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una Ley, tenga que recurrir un acto adecuado a la misma, aduciendo su inconstitucionalidad (por la presunción de constitucionalidad de que goza la Ley y porque los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad) (53)–, en el caso de actos de aplicación de una Ley después considerada incompatible con el Derecho de la Unión Europea, el particular sí que era titular de una acción para invocar ante los Tribunales la contradicción entre el ordenamiento estatal y el de la Unión –según la conocida construcción del principio de la primacía aplicativa del Derecho suprana-

Tribunal de Luxemburgo de 3 de septiembre de 2014, *as. Comisión c. España*, C-127/12, al establecer diferencias en el trato fiscal de las sucesiones entre los causahabientes residentes y no residentes en España, y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste.

(50) Rec. núm. 52/2002 (ponente Sieira).

(51) Elaborada por el Alto Tribunal a partir de dos importantes sentencias de 14 de diciembre de 2000 (recursos núm. 485/1998 y 486/1998, ponente Sieira); y seguida en otras muchas con posterioridad. Para esta construcción jurisprudencial, *vid.*, por todos (con privilegiado conocimiento de causa), XIOL RÍOS, J. A., «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo», en la obra colectiva coordinada por Moreno Martínez *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Dykinson, Madrid, 2007, espec. pp. 1065 y ss.

(52) Relata el *iter* jurisprudencial MAURANDI GUILLÉN, N., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la responsabilidad del Estado legislador por violaciones del ordenamiento europeo. Su plena incorporación a la jurisprudencia española en las sentencias de 17 de septiembre de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recursos 373/3006, 149/2007, 153/2007)», en AA. VV., coordinadores García de Enterría y Alonso García, *Administración y Justicia. (Un análisis jurisprudencial)*. Liber amicorum Tomás–Ramón Fernández. Civitas, Madrid, 2012, vol. II, pp. 3381 y ss.

(53) Véase, no obstante, lo que se dice al final de este trabajo (aptdo. VII) en relación con la regulación establecida en la reciente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

cional— y, por lo tanto, podía (y debía) recurrir el acto de aplicación que considera-
ra incumplidor del Derecho de la Unión (54).

La consecuencia de esta interpretación jurisprudencial era que, si no se había
producido esa reacción (que podría haber reparado la indebida aplicación del pre-
cepto estatal y, con ella, el daño), con posterioridad no se podía pedir indemniza-
ción por el perjuicio sufrido a causa de la aplicación del acto basado en una Ley
incompatible con el Derecho de la Unión. Todo ello a diferencia de lo ocurrido con
los actos de aplicación de una Ley declarada inconstitucional, que sí podían ser
compensados ejerciendo la acción de indemnización en el plazo de un año desde la
publicación de la Sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad.

Esta interpretación —de la que hay que reconocer que, considerada aisladamen-
te y atendiendo exclusivamente a las exigencias de nuestro ordenamiento interno,
no carecía de fundamento— fue ampliamente criticada por sus consecuencias, ya
que, en definitiva, suponía tratar las reclamaciones indemnizatorias *ex iure europeo*
de una manera mucho más estricta que las que traían causa del ordenamiento cons-
titucional propio.

En un momento dado, ante uno de los muchos asuntos que se le habían plan-
teado recurriendo la negativa gubernamental a la indemnización solicitada por la
aplicación de una Ley española contraria a una Directiva, el propio Tribunal Supre-
mo decidió «cuestionarse a sí mismo» ante el Tribunal de Justicia, requiriendo a
éste sobre la compatibilidad de la interpretación y aplicación que acabamos de
mencionar con los tan reiterados principios del ordenamiento de la Unión de equi-
valencia y de efectividad (55).

Así se produce la conocida *Sentencia Transportes Urbanos* (56), en la que el
Tribunal de Luxemburgo llegará a la conclusión de que tal diferencia de régimen
—esto es, el diverso tratamiento procedimental entre las indemnizaciones solicita-
das con base en una Ley posteriormente declarada inconstitucional (para las que la
reclamación indemnizatoria tiene de plazo el año desde la publicación de la Sen-
tencia del Tribunal Constitucional estimatoria del recurso o de la cuestión) y las
solicitadas con base en una Ley posteriormente constatada como incompatible con
el Derecho de la Unión Europea (para las que se requiere, en todo caso, la reacción
dentro del año de producida la lesión, no computándose el plazo desde la Sentencia
del Tribunal de Justicia)— resultaba incompatible con el principio de equivalencia.
El concreto y escueto razonamiento de la Gran Sala (57) es que, teniendo las dos

(54) De aquí que, si no se había hecho esto último (recurrir el acto), la doctrina del acto firme
y consentido, unida al principio de seguridad jurídica, se imponía y, a diferencia de lo establecido en
las sentencias recaídas sobre ingreso indebido del gravamen complementario (*en aplicación de una
Ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional*), al no impugnar el acta de conformi-
dad, el recurrente estaba obligado a soportar el perjuicio irrogado *por la aplicación de una Ley contra-
ria al Derecho de la Unión*. Consecuencia de todo ello será que, negando tanto la existencia de viola-
ción suficientemente caracterizada como la relación de causalidad, se desestimarían todas las
pretensiones indemnizatorias basadas en el cobro indebido del IVA, realizado a partir de una Ley
española considerada incompatible con el Derecho de la Unión (incompatibilidad constatada fehacien-
tamente por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 21 de marzo de 2000, *as. Gabalfrisa*, C-110 y
147/98, y posteriormente en su Sentencia de 6 de octubre de 2005, *as. Comisión c. España*, C-204/03).

(55) Auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008, rec. núm. 153/2007 (ponente Robles).

(56) De 26 de enero de 2010, C-118/08.

(57) Se extiende mucho más, en coincidente argumentación de fondo, el Abogado General
Poiarses Maduro en sus Conclusiones presentadas el 9 de julio de 2009, aptdos. 28 a 40.

reclamaciones «exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado» (aptdo. 36), la única diferencia existente consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (aptdo. 43) y esta diferencia «no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia» (aptdo. 44).

A la vista de la interpretación efectuada por Luxemburgo en respuesta a su cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo modificará expresamente sus exigencias en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión constatada con posterioridad a la relación jurídica donde se produce la lesión, asimilándolas a los de responsabilidad patrimonial por Ley inconstitucional, con lo que en definitiva se permitirá el ejercicio de la acción indemnizatoria ante el Consejo de Ministros en el plazo de un año desde que se publique la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo que declara incompatible la ley española con el Derecho de la Unión (58).

Esta rectificación de rumbo (59) tendrá destacada importancia si tenemos en cuenta que la mayoría de las solicitudes de indemnización fundamentadas en el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea se plantean, precisamente, para la reparación de los daños causados por la aplicación de leyes consideradas contrarias al Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, en los actuales momentos tenemos que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en los términos a los que haremos referencia más adelante.

Adviértase, en todo caso el fructífero «diálogo» abierto entre la Sala Tercera del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, con el resultado de una modificación radical de la jurisprudencia de aquél en lo relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión.

(58) Así lo hace en tres sentencias de 17 de septiembre de 2010, recursos 373/2006, 149/2007 y 153/2007 (ponente Lesmes), con la siguiente argumentación: «La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expresó, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad».

(59) Que no resultaba inexorable que fuera en el sentido que fue, puesto que la rectificación podía haber ido por exigir en ambos casos –como ahora ha hecho la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, en los términos que veremos más adelante (aptdo. VII)– el requisito de la previa impugnación establecido jurisprudencialmente solo para el caso de las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, como señaló acertadamente en su momento PLAZA MARTÍN, C., «Un viaje de ida y vuelta en Transportes Urbanos: Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y principio de equivalencia. (Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2010 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2010)», en la obra colectiva dirigida por García de Enterría y Alonso García *Administración y Justicia (Un análisis jurisprudencial)*. *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas. Madrid, 2012, vol. II, espec. pp. 3535 y ss.

VI. EL *PUNCTUM DOLENS* DE LA EXIGIBILIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO DEL REQUISITO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Tribunal de Justicia ha reiterado hasta la saciedad que el Derecho de la Unión Europea configura el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados sobre una tríada de requisitos: a) el incumplimiento de una norma europea destinada a conferir derechos a los particulares; b) la cualificación de dicho incumplimiento como una violación suficientemente caracterizada; y c) la relación de causalidad directa entre tal tipo de incumplimiento estatal y el daño originado.

Se trata de unos requisitos propios del Derecho de la Unión y acuñados jurisprudencialmente por el Tribunal de Luxemburgo, como bien sabemos; razón por la que los jueces estatales que tienen que aplicarlos están vinculados plenamente a ellos. Es más, ni los legisladores estatales pueden mantener –o, lo que sería peor, crear– normas contrarias a los mismos (60), ni los aplicadores estatales (entre nosotros: Administración primero y Jurisdicción Contencioso-Administrativa después) pueden interpretar su ordenamiento de manera que resulte incompatible con la construcción del principio de responsabilidad estatal, en cuya base están los tres requisitos mencionados.

Si la cuestión la pudiésemos finalizar aquí no habría problema especial alguno, ya que solo aparecerían dificultades, en su caso, a la hora de interpretar los requisitos en lo que pudieran tener de vaguedad o indeterminación (como en toda interpretación operativa del Derecho). Sin embargo, las cosas han adquirido, entre nosotros, un punto mayor de complejidad, pues –como hemos reiterado– la remisión a los cauces estatales para la aplicación efectiva del principio resarcitorio no se hace incondicionadamente o en blanco, sino que siempre va acompañada de dos principios, cuales son: a) el *principio de efectividad*, esto es, que la remisión a los cauces estatales no puede ser una remisión «a ninguna parte» (si se permite la expresión), por falta de viabilidad o, incluso, por inexistencia de un procedimiento adecuado; y b) el *principio de equivalencia*, es decir, que el tratamiento que reciben las acciones basadas en este tipo de pretensiones no sea peor que el que reciben las semejantes basadas en el ordenamiento estatal.

En este sentido, se ha cuestionado si, por exigencias de este principio de equivalencia, no habría de prescindirse en nuestro ordenamiento del mencionado requisito de la violación suficientemente caracterizada. Veámoslo con detalle porque, frente a lo que inicialmente pudiera parecer –esto es, que al incorporarse tal requisito a nuestra legislación en 2015 no había ya lugar a discusión alguna al respecto–, el requisito de la exigibilidad de la violación suficientemente caracterizada sigue resultando una cuestión debatida.

(60) Así, por ejemplo, la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, *as. Comisión c. Italia*, C-379/10, declararía el incumplimiento de la República Italiana por mantener en su ordenamiento una Ley más restrictiva a la hora de aplicar el sistema de responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento *judicial* del Derecho de la Unión Europea.

2. LA INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

El planteamiento de la posible –e incluso debida– exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada no ha sido una pura elucubración, pues entre nosotros así se ha formulado desde la doctrina (61) y así se lo ha cuestionado el propio Tribunal Supremo (62).

El fundamento de tal planteamiento es el siguiente: el requisito de la violación suficientemente caracterizada –como ya hemos repetido– supone un *incumplimiento manifiesto y grave* del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, según alguna argumentación, nuestro sistema interno de responsabilidad patrimonial no exige tal cualificación en la ilegalidad causante del daño. Luego, a la hora de solicitar una indemnización al Estado (*lato sensu*), por su incumplimiento del Derecho de la Unión, tampoco se debería exigir tal tipo, nivel o cualificación de ilegalidad, que reduce los supuestos de otorgamiento de indemnización.

Intentaremos mostrar en las líneas que siguen que un planteamiento así formulado no resulta del todo correcto, *sin perjuicio de la parte de razón que le pueda asistir en cuanto al resultado final*.

Si analizamos el origen y la funcionalidad del principio de equivalencia en el Derecho de la Unión Europea vemos que éste siempre ha venido referido, por parte del Tribunal de Justicia, a las vías o cauces estatales «internos» –mayoritariamente judiciales, pero también administrativos– de aplicación o de ejecución de aquel Derecho. Así, hace ya casi cuarenta años que, el Tribunal de Justicia formuló la exigencias de este principio de equivalencia, refiriéndolas expresamente a las *normas procesales* a través de las cuales se debieran hacer efectivos los derechos generados, en el caso, por el efecto directo del ordenamiento supranacional (63). Y así lo viene manteniendo hasta nuestros días: «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la *regulación procesal* de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, regulación que, conforme al principio de equivalencia, no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna» (64).

Conviene precisar, adicionalmente, que este principio de equivalencia no requiere de manera inexcusable que a las actuaciones basadas en el Derecho del Unión se les aplique el régimen procedimental más favorable de los existentes en el

(61) Es el caso, entre otros, de un destacado especialista como es GUICHOT REINA, E., en *La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia...*, cit., espec. pp. 79 y ss. La posición que aquí se mantiene fue avanzada hace algún tiempo: *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en *RAP* núm. 196, 2015, pp. 11 y ss.

(62) En los términos que veremos un poco más adelante y tanto a instancia de parte como incluso oficio. Aunque finalmente para llegar a la muy discutible conclusión –lo podemos adelantar ya– de que sí se debe seguir exigiendo la concurrencia del mencionado requisito.

(63) Sentencia de 16 de diciembre de 1976, *as. Rewe*, 33/76, aptdo. 5.

(64) Sentencia de 14 de septiembre de 2017, *as. The Trustees of the BT Pension Scheme*, C-628/15, aptdo. 58 (la cursiva está añadida).

ordenamiento estatal (65). Dicho con otras palabras, el principio de equivalencia no implica el óptimo procedimental.

En el tema que nos ocupa, este principio también tiene su aplicación, y de manera indudable, para los aspectos formales o procedimentales del ejercicio de la acción indemnizatoria. Baste recordar que –como acabamos de ver en detalle– el principio de equivalencia ha resultado decisivo para modificar la interpretación que venía haciendo el Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos procedimentales exigidos para poder reclamar una indemnización al Estado por la aplicación de una Ley que, después, se había desvelado como contraria al Derecho de la Unión Europea (66).

Pero conviene insistir en que el campo de juego de la equivalencia no es el de los requisitos materiales o sustanciales, sino el de los procedimentales, si bien conviene matizar o atemperar tal afirmación precisando que una drástica distinción entre requisitos materiales y requisitos formales puede resultar no del todo precisa en el sentido de que, a veces, el cauce condiciona el fondo y viceversa y, a veces, no es tampoco sencillo diferenciar un requisito formal de una material, pues suelen venir entremezclados. Teniendo por formulada esta advertencia, lo que no debe hacerse, sin embargo, es extender incondicionadamente el ámbito de aplicación del principio de equivalencia a donde no está llamado a actuar, según el ordenamiento de la Unión.

En definitiva, el principio de equivalencia –así, sin mayores precisiones– no parece resultar un argumento incontestable para justificar una eventual exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada, porque éste es indudablemente un requisito de fondo o sustancial. Lo que sí que hay que reconocer, sin embargo, es que tal planteamiento ha gozado de notable predicamento en nuestra doctrina.

3. OTRO FUNDAMENTO PARA SU POSIBLE EXCLUSIÓN

En la construcción del principio de la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha dicho algo más que puede justificar mejor la tesis de la exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada. En efecto, en la elaboración jurisprudencial del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, cuando su apreciación concreta se remite a los cauces internos, el Tribunal de Justicia no se ha limitado a reiterar la cautela «canónica» del principio de equivalencia (además del de efectividad), sino que ha añadido alguna otra precisión, de capital importancia ahora.

Así, resultan decisivas las referencias explícitas a que, si *los requisitos materiales o de fondo* de los ordenamientos estatales de aplicación son menos restrictivos o más «generosos», habrán de aplicarse éstos y no el estándar establecido por el Derecho de la Unión. No solo, por tanto, hay que respetar la equivalencia en el

(65) Así lo viene afirmando el Tribunal de Justicia desde su Sentencia de 1 de diciembre de 1998, *as. Levez*, C-326/96, aptdo. 42.

(66) Para la compatibilidad de este principio de equivalencia con determinadas exigencias procedimentales existentes en el ordenamiento alemán para la acción indemnizatoria también, *vid.* la Sentencia de 25 de noviembre de 2010, *as. Günter FuB*, C-429/09, *cit.*, aptdos. 71 a 73.

tratamiento procesal de las acciones de indemnización (*S. Transportes Urbanos* como referente), sino que además la regulación de fondo puede tener que ser la estatal, si se trata de la condición más beneficiosa.

Veamos cómo lo ha recogido el Tribunal de Luxemburgo en sus tres emblemáticas sentencias sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión:

a) En *Francoovich* podemos leer: «Debe señalarse, además, que *las condiciones de fondo* y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna» (67).

b) También en *Brasserie* se dice: «Los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, *sin excluir, no obstante que, con arreglo al derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*» (68).

c) Asimismo, en *Köbler* se reitera de idéntica manera: «Los tres requisitos (...) son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, *sin excluir, no obstante que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*» (69).

Con posterioridad, en otras muchas sentencias se ha ratificado en esta misma idea, con igual formulación (70).

La utilización de expresiones idénticas o muy similares a las definitorias del contenido del principio de equivalencia y la ubicación sistemática de estas advertencias (formuladas junto a la remisión a los cauces internos) han podido propiciar su identificación con el principio de equivalencia (71). Pero parece más correcto –se insiste– considerarlo un *plus* específico sobre aquél.

En todo caso, resulta innegable que, desde los comienzos de su construcción, el Tribunal de Justicia ha querido configurar la responsabilidad patrimonial estatal por incumplimiento de su Derecho con el carácter de un mínimo común denominador para todos los Estados miembros y esto supone, indudablemente, un fondo de exigencias idéntico a todos ellos.

(67) *S. Francoovich*, cit., aptdo. 43 (la cursiva está añadida).

(68) *S. Brasserie*, cit., aptdo. 66 (la cursiva está añadida).

(69) *S. Köbler*, cit., aptdo. 57 (la cursiva está añadida).

(70) Sin ningún ánimo de exhaustividad, *vid.* la Sentencia de 13 de junio de 2006, *as. Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, aptdo. 45; la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *as. Eman*, C-300/04, aptdo. 69; la Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *as. Test Claimants in the FII Group*, C-446/04, aptdo. 209; la Sentencia de 13 de marzo de 2007, *as. Test Claimants in the Thin Cap Group*, C-524/04, aptdo. 115; la *S. AGM-COS. MET*, cit., aptdo. 85; y la Sentencia de 14 de marzo de 2013, *as. Leth*, C-420/11, aptdo. 42.

(71) E incluso la Abogada General Testenjak, en sus Conclusiones presentadas el 4 de septiembre de 2008, *as. Danske Slagterier*, C-445/06, aptdo. 90, lo presenta todo junto: «Por principio de equivalencia se entiende, por una parte, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna».

Como común denominador que es, no puede ser reducido, en el sentido de añadir más requisitos o exigencias para que surja el derecho a la indemnización (72), y mucho menos eliminado para evitar ésta. Como dijo el Abogado General Tesauro, «los requisitos materiales mínimos, a diferencia de los procesales, no pueden dejar de ser comunes y, por tanto, comunitarios. Considero que éste es el único modo de evitar que la propia posibilidad de resarcimiento por la misma violación no se garantice de la misma forma en los distintos Estados miembros y que, por tanto, se produzca la discriminación entre los particulares que no debe tolerar una Comunidad de Derecho» (73).

Todas estas precisiones pueden parecer ahora innecesarias pero no lo eran, en absoluto, en el momento de la introducción del principio debido a la imprevisión o falta de adecuación de muchos de los ordenamientos estatales de recepción. Valga a este respecto con recordar, ahora: a) el impacto que supuso en 1991 que un Estado tuviese que indemnizar por su omisión legislativa (construcción *Francovich*, con la no incorporación de una Directiva); b) el que produjo en 1996 que un Estado que no tenía Constitución escrita tuviese que indemnizar por una ley contraria al Derecho de la Unión (construcción *Factortame*, por lo que al Reino Unido se refiere); o, en fin, c) el que originó en 2003 la afirmación de que un Estado tendría que indemnizar por una Sentencia de su Tribunal Supremo que no hubiera aplicado correctamente el Derecho de la Unión (construcción *Köbler*).

Ahora bien, este común principio resarcitorio está llamado a convivir con los (diversos) regímenes de indemnización existentes en cada ordenamiento estatal, que pueden ser más rigurosos o serlo menos en cuanto a los requisitos establecidos para obtener una indemnización para el supuesto de que un poder público, por causa de una actuación (u omisión) ilegal, haya ocasionado un daño. Es en este punto concreto donde se debe insertar la matización que acabamos de ver que hace el Tribunal de Justicia y que podemos reformular así: para el supuesto de que el régimen interno estatal sea más generoso –esto es, exija menos requisitos o lo haga con menor intensidad–, *el mínimo común resarcitorio de Derecho de la Unión Europea quedará desplazado o sustituido por aquél*.

Esto exigirá analizar si, efectivamente, en nuestro caso el sistema de responsabilidad acuñado por el Tribunal de Justicia debe inaplicarse en favor del propio del ordenamiento español.

Para emprender esta tarea con mayor fundamento, debemos analizar lo que han dicho el Consejo de Estado y, sobre todo, el Tribunal Supremo a este propósito, puesto que han tenido ocasión de pronunciarse, expresamente, al respecto.

4. LA INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO QUE RECHAZA LA EXCLUSIÓN DEL REQUISITO

En su importante labor dictaminadora, el Consejo de Estado ha sido plenamente consciente (al menos desde 2010) del problema que plantea la aplicación del

(72) Así lo tuvo que advertir el Tribunal de Justicia al considerar el Derecho interno de daños llamado a aplicar el principio tanto en Alemania como en el Reino Unido en la *S. Brasserie*, cit., aptdos. 68 a 80.

(73) En sus Conclusiones cit. en el *asunto Brasserie*, aptdo. 11.

requisito de la violación suficientemente caracterizada, aunque su postura va a ser la de mantener su exigencia. Nos ceñiremos aquí al objeto de este trabajo –que constituye, además, el supuesto más común al que se ha tenido que enfrentar–, cual es el de la responsabilidad estatal por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión, dejando ahora de lado los supuestos de responsabilidad administrativa por el incumplimiento del Derecho europeo (74). Debe advertirse, asimismo, que todos los dictámenes publicados hasta el momento de redactar este trabajo se regían por la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, es decir, siendo aplicable la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC)

Así, ante una petición de indemnización basada en los daños ocasionados por una *ley impositiva española después declarada contraria al Derecho de la Unión Europea*, el solicitante argumentó expresamente la inaplicabilidad de requisito de la violación suficientemente caracterizada porque –a su entender– los requisitos para la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el ordenamiento español son menos restrictivos al respecto.

El Consejo de Estado desechará tal interpretación razonando, resumidamente, de la siguiente manera: a) la estricta regla establecida en el artículo 139.3 LRJPAC, para los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria no es más beneficiosa que la construcción del Tribunal de Justicia para la responsabilidad estatal por incumplimiento del ordenamiento europeo; y b) el principio de equivalencia se limita a las reglas procesales y, por lo tanto, con observar lo establecido en la *S. Transportes Urbanos*, ya se cumple con el mismo (75).

(74) Para lo que, si interesa, puede consultarse COBREROS MENDAZONA, E., *La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada...*, cit., pp. 31 y ss.

(75) Para mayor precisión, merece reproducirse el tenor literal de este Dictamen de 23 de septiembre de 2010, núm. 1228/2010, que es el siguiente (las cursivas están añadidas):

«Ante todo, debe recordarse que la responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del Derecho de la Unión Europea ha de depurarse según las reglas sustantivas europeas, es decir conforme a “los tres requisitos contemplados anteriormente [que] son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos” (STJ de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, asuntos C-46/93 y C-48/93, apartado 66). Para analizar en este caso el eventual desplazamiento de las normas europeas en virtud del régimen nacional en su caso más favorable, habría de partirse de la norma establecida al efecto por el artículo 139.3 de la Ley 30/1992: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”. *Parece claro que la estricta regla que rige en nuestro Derecho la responsabilidad del Estado legislador no resultaría a estos efectos más beneficiosa*, de modo que habrá de examinarse la solicitud de indemnización conforme a las reglas europeas y de acuerdo al régimen general de responsabilidad de la Ley 30/1992, como cauce más favorable para la viabilidad de la acción.

Ya en esta última perspectiva, las reglas que determinan el cauce a seguir por la reclamación (en la que puede llamarse vertiente procesal) son las establecidas en la legislación española, que deberán aplicarse de manera que las condiciones de fondo y de forma establecidas no puedan ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna [principio de equivalencia] y no puedan articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización [principio de efectividad] (apartado 112 de la sentencia del Tribunal de Justicia citada por el reclamante, de 23 de abril de 2008, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* contra Commissioners of Inland Revenue, asunto C-201/05).

Pues bien, es en aplicación de estos principios cuando debe entenderse contraria al Derecho europeo una aplicación del régimen específico de responsabilidad del Estado legislador que haga imposible, en primer lugar, su apreciación en la práctica según el principio de efectividad (p. ej., en la citada sentencia *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, el requisito impuesto por el Derecho alemán que condicionaba la reparación al hecho de

Esta interpretación del Consejo de Estado no ha quedado limitada al Dictamen de referencia, sino que se ha reproducido en numerosísimas ocasiones (76).

Vemos pues que, de una manera harto escueta –ya que se limita a decir que «parece claro» que la estricta regla del artículo 139.3 LRJPAC no resulta más beneficiosa (77)–, el Consejo de Estado considera que el régimen español de la responsabilidad del Estado legislador no es más beneficioso que el que resulta de aplicar el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

No es ésta, sin embargo, la mejor manera de plantear (ni de resolver) la cuestión. Más correcto sería preguntarse si nuestro sistema de responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional, *tal y como lo interpreta y aplica el Tribunal Supremo* (esta precisión es decisiva), es menos estricto que el exigido para la responsabilidad patrimonial por ley contraria al Derecho de la Unión. Ésa es la comparación que procede, ya que no debemos olvidar que el artículo 139.3 LRJPAC hacía tiempo que había quedado absolutamente desbordado por la construcción del Tribunal Supremo sobre la indemnizabilidad de los daños causados por leyes inconstitucionales.

que el acto u omisión del legislador se refiriese a una situación individual; o el impuesto por el Derecho inglés, consistente en aportar la prueba de un abuso de poder en el ejercicio de una función pública [misfeasance in public office]: cf. apartados 71 y 73 de dicha sentencia).

E igualmente *debe entenderse vedada, en segundo lugar, una aplicación de este régimen de responsabilidad que sujete su estimación a reglas procesales menos favorables que las establecidas para acciones equivalentes en Derecho interno*. Recientemente, es de tener en cuenta en este sentido la STJ de 29 de enero de 2010, [que es la *S. Transportes Urbanos*] que, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo sobre cierta jurisprudencia por él elaborada, ha entendido contraria al Derecho de la Unión Europea “una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con arreglo al artículo 226 CE solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”.

(76) Véanse, a título de ejemplo, los dictámenes de 14 de abril de 2011, números 116 y 210/2011, respectivamente; el Dictamen de 5 de mayo de 2011, núm. 341/2011; el Dictamen de 26 de mayo de 2011, núm. 683/2011; los dictámenes de 27 de julio de 2011, números 684, 786, 806, 913 y 915/2011, respectivamente; los dictámenes de 15 de septiembre de 2011, números 1078 y 1080/2011, respectivamente; el Dictamen de 29 de septiembre de 2011, núm. 1320/2011; el Dictamen de 21 de diciembre de 2011, núm. 1692/2011; el Dictamen de 15 de marzo de 2012, núm. 1975/2011; el Dictamen de 19 de julio de 2012, núm. 317/2012; el Dictamen de 17 de enero de 2013, núm. 879/2012; el Dictamen de 26 de septiembre de 2013, núm. 651/2013; el Dictamen de 20 de marzo de 2014, núm. 86/2014; el Dictamen de 6 de noviembre de 2014, núm. 642/2014; el Dictamen de 6 de noviembre de 2014, núm. 997/2014; el Dictamen de 11 de diciembre de 2014, núm. 919/2014; el Dictamen de 22 de enero de 2015, núm. 1117/2014; el Dictamen de 29 de abril de 2015, núm. 92/2015; el Dictamen de 2 de julio de 2015, núm. 440/2015; el Dictamen de 1 de octubre de 2015, núm. 801/2015; y el Dictamen de 11 de febrero de 2016, núm. 965/2015.

Aunque también es verdad que en su Dictamen de 24 de octubre de 2013, núm. 652/2013; en su Dictamen de 10 de abril de 2014, núm. 84/2014; y en su Dictamen de 15 de junio de 2017, núm. 323/2017 –el último hasta el momento–, ni se plantea siquiera la posibilidad del desplazamiento a favor de un hipotético sistema interno menos riguroso.

(77) Que es la que establecía que «[l]as Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». Esta previsión ahora se reitera en el artículo 32.3 LRJSP, pero inmediatamente antes de otras dos específicas para el caso de responsabilidad patrimonial del Estado por la aplicación de normas con rango de ley contrarias a la Constitución o al Derecho de la Unión Europea, respectivamente, que tienen mucho más interés a nuestros efectos.

Como intentaremos demostrar un poco más adelante, no parece que pueda afirmarse, sólidamente, que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial por aplicación de leyes inconstitucionales (jurisprudencialmente acuñado, se insiste) resultase en aquel momento –luego abordaremos la situación actual, tras la entrada en vigor de la LRJSP– más restrictivo que el basado en el que establece que únicamente procede la indemnización cuando el legislador estatal haya violado manifiesta o gravemente el Derecho de la Unión Europea.

Debe precisarse, además, que analizados sus dictámenes en conjunto la exigencia de tal requisito es, precisamente, lo que le lleva al Consejo de Estado, en un gran número de casos, a considerar que no procede la estimación de las solicitudes indemnizatorias, aun cuando reconozca palmariamente la existencia de un incumplimiento del ordenamiento de la Unión Europea.

5. LA EXIGENCIA DEL REQUISITO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

También el Tribunal Supremo, de unos pocos años para acá, ha tenido que enfrentarse directamente con la cuestión que nos ocupa. Para un análisis más preciso de lo que ha dicho, primero diferenciaremos su jurisprudencia en dos periodos y luego haremos unas apreciaciones críticas.

A. La primera jurisprudencia (2012-2013)

Tras años en los que el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado se venía aplicando a partir de la exigencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada sin cuestionamiento alguno, en un determinado recurso contra la negativa gubernamental a indemnizar por la aplicación de una ley impositiva contraria al Derecho de la Unión los demandantes plantearon –con cita expresa del fundamento jurídico de la *S. Brasserie* que hemos mencionado y con invocación del principio de equivalencia– que no debía exigirse el mencionado requisito.

La respuesta del Tribunal Supremo será el mantenimiento de dicha exigencia y el triple fundamento en el que se basa será el siguiente: a) en primer lugar, porque el principio de equivalencia no puede operar sobre los requisitos sustanciales o materiales, ya que este principio del Derecho de la Unión se refiere o condiciona el ámbito de la autonomía procesal estatal; b) en segundo lugar, porque el principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, requiere que el requisito se aplique en todos los Estados miembros; y, finalmente, c) porque la antijuridicidad del daño depende del margen de apreciación y, a tales efectos, la Constitución de cada Estado y el Derecho de la Unión no son iguales en caso de su conculcación (78).

(78) Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012, rec. núm. 588/2010 (ponente Menéndez). Para evitar erróneas interpretaciones, conviene reproducir fielmente lo ahí dicho (las cursivas están añadidas):

«La jurisprudencia comunitaria a la que se refiere el primero de dichos argumentos, incluida la que refleja aquella sentencia de 26 de enero de 2010, dictada en el asunto C-118/08 en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo [se trata, nuevamente, de la *S. Transportes Urbanos*], debe ser entendida en el sentido que resulta de las siguientes precisiones: A) Los presupuestos de procedibilidad

Incidentalmente hemos de precisar que, sin perjuicio de lo que hemos de ver en el siguiente apartado (referido a la jurisprudencia posterior), esta Sentencia no quedó aislada, sino que a la misma se han remitido al menos otras cinco posteriores (79).

Entrando ya en el fondo de la argumentación del Tribunal Supremo, la acotación del principio de equivalencia a las normas procesales de cada Estado, coincide con lo aquí sustentado, por lo que a la misma no habría nada que objetar. Recuerdese, no obstante, que el Tribunal de Luxemburgo establece, adicionalmente, como exigencia *ex iure europeo*, un efecto similar en cuanto a las condiciones materiales. Pero los otros dos argumentos sí que merecen algún comentario, porque no resultan tan convincentes.

Así, tampoco hay inconveniente en compartir con el Tribunal Supremo la necesidad de una aplicación uniforme en todos los Estados del principio de su responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento. Pero eso lo ha establecido el Tribunal de Justicia con el carácter de mínimo indisponible –como ya se ha reiterado– aunque mejorable por los Estados, al reclamar expresamente la aplicación de una normativa de fondo más «generosa» a la hora de garantizar la indemnizabilidad de los daños causados, si así la hubiera en el ordenamiento estatal de materialización. En este sentido, aplicación uniforme no debe ser sinónimo de aplicación idéntica, sino existencia de una base igual para todos pero con posibilidades de «mejora», a tenor de la

aplicables a los recursos en los que el objeto y elementos esenciales son similares, no deben diferir por la circunstancia de que unos se basen en la violación del Derecho de la Unión y otros en la del Derecho interno. B) Puede éste, sin que a ello se oponga aquél, establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurren requisitos menos restrictivos que los que aquella jurisprudencia fija como necesarios para que opere ese instituto de la responsabilidad patrimonial. Y C) Pero si la obligación de indemnizar se basa en que los daños o perjuicios han sido causados por la vulneración del Derecho de la Unión, sí son *requisitos sustantivos o materiales necesarios* y a la vez suficientes los que ella señala de modo reiterado, a saber: que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que su violación esté o sea suficientemente caracterizada; y, además, que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por estos.

El rigor con que la actora interpreta esa jurisprudencia, deduciendo de ella que no es necesario para que surja el deber de indemnizar que la violación de la norma comunitaria sea una de tal grado o entidad que la haga merecedora del calificativo de suficientemente caracterizada, por no ser una exigencia similar la que cabe ver cuando hemos enjuiciado supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños o perjuicios causados por la aplicación de una norma con rango de ley luego declarada inconstitucional, no puede ser compartido. A diferencia de la precisión que hemos reflejado en la letra A) del párrafo anterior, que solo constituye un límite a la autonomía procesal de que gozan los Estados miembros impuesto por el igual trato que en estos debe recibir el Derecho de la Unión en comparación con el suyo propio. Y a diferencia de la reflejada en la letra B), admisible porque permite disfrutar de un régimen jurídico interno de responsabilidad patrimonial más favorable. A diferencia de ambas, repetimos, aquel rigor se opone, en sí mismo, al *principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión*, y olvida, además, que *la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende, cuando es causado por la aplicación de un acto o norma ilegal, del margen de apreciación* razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de la naturaleza y características de ésta. De ahí, en buena lógica, que desde esa perspectiva del margen de apreciación en que debe descansar la imputación de la antijuridicidad del daño, *no sean necesariamente y en todo caso términos iguales, en los que el margen deba ser el mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión común a todos ellos.*»

(79) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012, rec. núm. 373/2011 (ponente Menéndez); la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012, rec. núm. 508/2011 (ponente Menéndez), sobre la que puede verse el comentario monográfico de COBREROS MENDAZONA, E., «Obligación de indemnizar por la aplicación de una Ley contraria al Derecho de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 137 y ss.; la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, rec. núm. 520/2011 (ponente Menéndez); la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2013, rec. núm. 11/2012 (ponente Enríquez); y la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013, rec. núm. 10/2012 (ponente Menéndez).

regulación interna de cada Estado. Dicho de otra forma, que un Estado aplique condiciones más favorables para la indemnización de los daños ocasionados por su incumplimiento del Derecho de la Unión no va en contra del principio de responsabilidad exigido por éste a todos los Estados; en contra iría si aplicase criterios más restrictivos que los establecidos por el ordenamiento supraestatal.

Este planteamiento obligaría a analizar los requisitos materiales de situaciones equiparables en el ordenamiento español, pero ese paso lo impide dar el Tribunal Supremo en la jurisprudencia que comentamos ahora con un obstáculo de entidad, en forma del margen de apreciación que el autor de la ilegalidad (*lato sensu*) hubiera tenido en tal actuación no conforme a Derecho, pues –según su interpretación– tal margen de apreciación condiciona la existencia de la antijuridicidad necesaria para que se produzca el presupuesto indemnizatorio. Y, así, la inconstitucionalidad, por un lado, y la contravención del Derecho de la Unión, por otro, serán sustancialmente diferentes; con un margen de apreciación mayor –parece deducirse– a favor de la segunda y, en consecuencia, con una tolerancia también mayor para los casos de conculcación del Derecho europeo. Supuesto en el que resultaría lógico, entonces, exigir el requisito de la violación suficientemente caracterizada, a diferencia de los casos de ley inconstitucional. Sucede que, sin perjuicio de los problemas interpretativo-aplicativos que siempre acarrea actuar con márgenes amplios de apreciación o discrecionalidad (pero que resultan absolutamente inevitables, por otra parte), no parece muy correcto considerar que el legislador estatal siempre tiene mayor margen cuando actúa en desarrollo del ordenamiento europeo que cuando legisla en el marco de su propia Constitución: así será unas veces, pero otras no, según el ámbito de lo que regule o, mejor, según los condicionamientos que tenga lo que vaya a regular (80). Pero es que, además, este planteamiento viene a presuponer que, también en el Derecho español, el margen de apreciación del legislador (con respecto a la Constitución, se entiende) condiciona la antijuridicidad a la hora de valorar si procede la indemnización solicitada en caso de inconstitucionalidad (81); lo que, como vere-

(80) Recuérdese cómo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya se ha planteado la hipótesis de que los Estados no tengan margen de apreciación, en cuyo caso el puro incumplimiento puede constituir una violación suficientemente caracterizada. Así, entre otras muchas, por ejemplo en la *S. AGM-COS. MET*, cit., aptdo. 82, el Tribunal de Justicia razona (y concluye) de la siguiente manera: «las obligaciones enunciadas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva no otorgan un margen de apreciación a los Estados miembros. (...) Por consiguiente, procede considerar que una infracción del artículo 4, apartado 1, de la Directiva (...), es suficientemente caracterizada».

(81) Cosa distinta se podría decir, quizá, de algunos casos de responsabilidad *administrativa*, en los que el Tribunal Supremo –en una jurisprudencia en absoluto inequívoca– ha admitido un «margen de tolerancia» en el sentido de que, a pesar de anularse una actuación administrativa por ilegal, ha considerado que no procedía la indemnización (fundamentalmente al ejercerse potestades discrecionales, aunque no siempre), por faltar el requisito de la antijuridicidad, es decir, por entender que al haber actuado la Administración de manera razonable y para proteger los intereses públicos con eficacia (a pesar, se insiste, de no haberlo hecho correctamente, desde el punto de vista jurídico), el particular venía obligado a soportar el daño. A esta cuestión le han dedicado una destacada atención crítica LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E., y CARRILLO DONAIRE, J. A., en las crónicas de jurisprudencia periódicas que sobre «Responsabilidad administrativa» vienen confeccionando primero en *Justicia Administrativa* y ahora (E. Guichot en solitario) en la *REDA*. Una contundente crítica la podemos entrar en el reciente trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por Sentencia firme?», en *RAP* núm. 205, 2018.

mos, está bien lejos de la realidad de lo que interpreta el propio Tribunal Supremo al respecto (82).

Retomaremos estas cuestiones en seguida pero, antes, conviene ver otro importante y reciente posicionamiento del Tribunal Supremo que, en cuanto al resultado final, reitera también la exigencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada, pero que sigue otro sendero argumental.

B. La segunda jurisprudencia (2014)

La interpretación anterior pareció en un momento dado que no le convenía suficientemente a la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo y se planteó la conveniencia de suscitar una cuestión prejudicial al respecto ante el Tribunal de Luxemburgo (aunque ya se advierte que, al final, resultó un paso en falso y no llegó a materializarla).

En efecto, recién iniciado el otoño de 2014, nos encontramos con una interesante (y un tanto desconcertante, también hay que decirlo) Sentencia de la Sala Tercera (83). El planteamiento del recurso resulta conocido: a una empresa se le aplica una ley tributaria, declarada después incompatible con el Derecho de la Unión Europea y, para la cantidad que no puede reclamar (por el tiempo transcurrido) en concepto de ingresos indebidos, la afectada utiliza la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del ordenamiento europeo, argumentado en su favor la existencia de una violación suficientemente caracterizada.

No obstante la precisión última que se acaba de hacer, la Sala plantea *motu proprio* si no procedería la exclusión del mencionado requisito, en atención a que la responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional no exige semejante requisito a tenor de su propia jurisprudencia y, a tal fin, decide oír a las partes sobre la pertinencia de elevar una cuestión prejudicial interpretativa (84). Ahora bien (y

(82) Donde lo único que podemos encontrar es una mera hipótesis (hasta el momento inactuada) de supuesto excepcional en el que el perjudicado no tendría derecho a la indemnización; pero que tampoco lo condiciona el Tribunal Supremo a margen de apreciación alguno (*vid. infra* lo que se señala en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010).

(83) Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014, rec. núm. 390/2012 (ponente Díez-Picazo). Un pronto y breve comentario a esta sentencia en RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario: ¿punto final?», en *Diario La Ley* núm. 8424, de 19 de noviembre de 2014.

Esta Sentencia ha sido confirmada por otras dos inmediatas en el tiempo, una, de la misma fecha, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014, rec. núm. 394/2012 (ponente Díez-Picazo); otra, unos días posterior, Sentencia de 26 de septiembre de 2014, rec. núm. 667/2012, (ponente Díez-Picazo).

(84) Con sus propias palabras (la cursiva está añadida): «Habiendo sido señalado para deliberación y fallo el presente recurso contencioso-administrativo, esta Sala consideró la posibilidad de que el principio de equivalencia y efectividad, tal como ha sido construido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal vez pudiera tener incidencia para la correcta resolución del litigio. En concreto, esta Sala se planteó si el citado principio de equivalencia y efectividad rige no solo con respecto a los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial —algo que no ofrece ninguna duda—, sino si también rige con respecto a los requisitos sustantivos. El problema podía ser relevante porque, con arreglo a la sentencia del Pleno de esta Sala de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008), la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales no exige, en principio, hacer ninguna valoración sobre la gravedad de la infracción de la Constitución, mientras que la

aquí viene lo que resulta un tanto sorprendente), evacuado tal trámite, la Sala se echará atrás de esta iniciativa –que hay que reconocer que no había sido tampoco acogida con entusiasmo por las partes (85)–, al resultar evidente la inexistencia de semejanza alguna entre uno y otro caso (esto es, entre la responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional y por ley incompatible con el Derecho de la Unión Europea), razón por la que entenderá que no había lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial. En consecuencia, al no existir verdadera similitud entre ambos supuestos, para el Tribunal Supremo «es claro que el principio de equivalencia y efectividad –sobre cuyo alcance fueron oídas las partes y el Ministerio Fiscal, a efectos del posible planteamiento de cuestión prejudicial– no resulta de aplicación».

Adviértase que éste será el argumento principal no solo para no plantear la cuestión prejudicial anunciada sino, justamente, también *para rechazar la inaplicación del requisito de la violación suficientemente caracterizada*. A juicio del Tribunal Supremo, la diferencia existente entre (los efectos de) una ley declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional y (los efectos de) una ley declarada incompatible con el Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia no permite tal comparación con la finalidad de su sometimiento al principio de equivalencia (86). La consecuencia será –aunque esto no lo explicita así el

responsabilidad del Estado por violación del derecho de la Unión Europea tiene entre sus condiciones, como es bien sabido, que dicha violación sea suficientemente caracterizada. Para ser aún más precisos, la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales solo puede excluirse en aquellos supuestos en que existan especiales razones que permitan considerar que la infracción de la Constitución fue excusable; es decir, a diferencia de lo que ocurre con la violación del derecho de la Unión Europea, la gravedad de la infracción de la Constitución solo excepcionalmente es relevante a efectos indemnizatorios».

(85) Según se refiere en la Sentencia, ninguna de ellas se manifestó claramente a favor del planteamiento de la cuestión: el Ministerio Fiscal –que, obviamente, no era parte en el proceso *a quo*– no se opuso al planteamiento; la demandante insistió en que la violación del Derecho de la Unión Europea era suficientemente caracterizada (añadiendo, eso sí, que no podría exigirse un requisito más gravoso que el aplicable en supuestos similares de Derecho interno); y el Abogado del Estado se basó en la inexistencia de similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la estimación de un recurso por incumplimiento.

Conviene prestar atención sobre lo argumentado por este último (y que se recoge expresamente en la Sentencia), porque a la postre resultará decisivo para la solución del conflicto: «*El principio de equivalencia no es de aplicación, por cuanto no existe doctrina ni de la Sala ni del Tribunal Constitucional respecto a la responsabilidad del Estado legislador por omisión. No hay parangón en España con los supuestos de anulación de una norma por infringir la Constitución, ya que se trata aquí de una infracción sobrevenida y por omisión, respecto de lo que no existen antecedentes jurisprudenciales de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión sobrevenida. El Tribunal Constitucional expresa el alcance de tales supuestos, así en su Sentencia 120/2010, F6*» (la cursiva aparece en el original).

(86) Así lo argumenta esta Sentencia:

«En efecto, lo que en un primer momento fue tomado en consideración por esta Sala es si el principio de equivalencia y efectividad rige no solo para los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial, sino también para los requisitos sustantivos. Pero es evidente que esta pregunta solo tiene sentido en la medida en que concurra el presupuesto mismo del principio de equivalencia y efectividad, que es la similitud entre una situación regulada por el derecho interno y otra regulada por el derecho de la Unión Europea. Y es precisamente aquí donde esta Sala considera que asiste la razón al Abogado del Estado. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica –salvo en casos verdaderamente excepcionales– su invalidación con efectos *ex tunc*, sin otro límite que la fuerza de cosa juzgada tal como establece el artículo 40 LOTC. Así, los actos administrativos dictados en virtud de una ley que luego es declarada inconstitucional quedan sobrevenidamente viciados. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que estima un recurso por

Alto Tribunal— que para cada acción de indemnización se aplicará su sistema privativo: para el de las leyes inconstitucionales el establecido por la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo y para el de las leyes contrarias al ordenamiento de la Unión, el establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Merece alguna referencia específica lo argumentado por el Abogado del Estado, que para el Tribunal Supremo resulta decisivo. Para aquél, el *quid* de la diferencia entre uno y otro supuesto está en que la incompatibilidad con el Derecho de la Unión proveniría de una «omisión» del legislador español, se supone que al no adaptar temporalmente la ley en cuestión al ordenamiento europeo (87). Razonar así, sin embargo, nos lleva a un crecimiento exagerado de la calificación como omisiva de la inadaptación de la legislación estatal al Derecho de la Unión. Pero también de la denominada «inconstitucionalidad por omisión», a la que también se refiere el Abogado del Estado. En efecto, con esa manera de razonar, en último término toda incompatibilidad normativa sería reconducible siempre a una inacción del legislador: bien por no desactivar mediante un acto legislativo la disposición antinómica con la Constitución o con el Derecho de la Unión (derogación pura y simple, por un *contrarius actus*, que haga desaparecer del mundo jurídico la regulación legal incompatible), bien por no dictar una nueva regulación material, acorde con la Constitución o el ordenamiento supraestatal a que haya de adaptarse la ley incompatible (modificación legislativa *stricto sensu*).

C. Análisis de la posición del Tribunal Supremo

Lo primero que llama la atención es que en las sentencias de 2014 no hay referencia alguna a las de 2012 y 2013 —temporalmente tan cercanas y, además, dictadas no solo por la misma Sala sino por la misma Sección—, como si el problema se plantease de nuevas. Este dato, por sí mismo, no permite extraer consecuencia alguna con seguridad, pero sí que produce el natural desconcierto.

También se aprecia de inmediato un cambio de criterio en una cuestión de tipo principal. Así, en el plano teórico de la interacción del ordenamiento supranacional con el estatal, para lo que aquí hemos considerado primera jurisprudencia el principio de equivalencia no debía entrar en juego en cuanto al fondo, sino solo para los requisitos formales o procesales, mientras que para la segunda jurisprudencia parece que sí, aunque luego no se diese el presupuesto para su aplicación operativa. A este respecto ya se ha razonado antes sobre lo más acertado que resul-

incumplimiento tiene, en cambio, un carácter meramente declarativo; es decir, se limita a constatar que el Estado miembro ha infringido el derecho de la Unión Europea. Ciertamente, de conformidad con el artículo 260 TFUE, de la sentencia que declara el incumplimiento dimanar determinados deberes para el Estado miembro, como es señaladamente poner fin al incumplimiento y, cuando éste consiste en una regulación legal contraria al derecho de la Unión Europea, proceder a su derogación o modificación. Pero es claro que la estimación del recurso por incumplimiento no determina, por sí sola, la invalidez *ex tunc* de la ley nacional afectada ni de los actos administrativos dictados en aplicación de la misma. No es impertinente, en este sentido, la comparación que el Abogado del Estado hace con los supuestos de inconstitucionalidad por omisión: el deber que surge, es el de adaptar diligentemente la legislación.

Cuanto acaba de decirse muestra claramente que no existe auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, que el principio de equivalencia y efectividad no resulta de aplicación al presente caso. Ello significa que éste habrá de dilucidarse de conformidad con los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial que contempla la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»

(87) *Vid.* lo recogido *supra*, en el segundo párrafo de la nota 85.

ta el fundamento de la primera postura, si bien recordando de inmediato que es la propia construcción de Luxemburgo la que nos exige, *también en cuanto al fondo*, aplicar la normativa interna cuando sea más favorable; con lo que el resultado final será el mismo, pero no la apoyatura argumental, como ya se ha dejado dicho.

En cuanto al argumento de la necesaria uniformidad en todos los Estados miembros de las condiciones aplicativas del principio de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión, basado en las reiteradas afirmaciones del Tribunal de Justicia en el sentido de que los tres requisitos son *necesarios y suficientes*, hay que reconocer que es correcto en cuanto que no cabe que ningún Estado lo excepcione ni rebaje; pero ya hemos visto que puede (y, en su caso, debe) ser mejorado a tenor de lo establecido en los ordenamientos estatales. Pues bien, este motivo desaparece en la jurisprudencia más reciente, lo que es coherente con la imposibilidad de que entrase en juego el principio de equivalencia (que, por definición, acarrearía la posible aplicación del ordenamiento interno y, por tanto, la «huida» de la aplicación idéntica en todos los Estados).

Debemos detenernos, asimismo, en la mención al *margen de apreciación* del legislador estatal, que aparece en la primera jurisprudencia en relación con el requisito de la antijuridicidad del daño y que, en definitiva, se constituye en *margen de tolerancia*: si hay un margen de apreciación y éste no se sobrepasa de una manera clara y manifiesta, a pesar de haber ilegalidad, no surge la obligación de indemnizar. Así, parece deducirse de aquélla que, a efectos indemnizatorios, una ley inconstitucional resultaría menos excusable que una ley contraria al Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, las posibilidades indemnizatorias por los daños producidos podrían ser más amplias en aquél caso que en éste. O dicho de otro modo, que para las leyes contrarias al ordenamiento de la Unión se pueden exigir requisitos más estrictos y, en consecuencia, haber un margen de tolerancia mayor (porque se presupone un margen de apreciación mayor). Este argumento no aparece en la segunda jurisprudencia, pero sí que tiene en común con ella la pretensión de establecer una neta diferencia entre un supuesto (el de la ley inconstitucional) y otro (el de la ley contraria al ordenamiento supranacional), aspecto que ya hemos visto que ha resultado decisivo, para la última jurisprudencia, a efectos de no plantear la posibilidad de una equiparación de requisitos.

En efecto, las sentencias que hemos ubicado en la segunda jurisprudencia hacen hincapié en los diferentes efectos que conlleva para la ley estatal y para sus actos de aplicación, por un lado, la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, que los vicia de invalidez, y, por otro lado, la declaración de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia en un recurso por incumplimiento, que no los vicia de invalidez por tal declaración y que requiere el concurso de las autoridades estatales para su efectiva eliminación del ordenamiento estatal. Aspecto, este último, con el que no se puede estar en desacuerdo –pues sobre esa base se ha construido el sistema relacional entre ambos ordenamientos, como está unánimemente aceptado–, pero que no parece muy convincente a efectos de diferenciar el sistema indemnizatorio en uno y otro caso, como se intentará razonar en el apartado siguiente.

Es más, incluso podría atisbarse una cierta inconsistencia en el Tribunal Supremo, al enfatizar las diferencias para no homogeneizar las soluciones, por cuanto que hace ya tiempo que viene interpretando –y acertadamente– que los reglamen-

tos contrarios al Derecho de la Unión Europea son nulos de pleno derecho (88). Esto es, les ha aplicado –sin obligación directa alguna, desde el Derecho supranacional, como es sabido (ya que éste solo exige la inaplicabilidad, derivada de la primacía)– las categorías internas sobre la invalidez de los reglamentos ilegales (89).

Justificar la diferencia entre la ley inconstitucional y la ley contraria al Derecho de la Unión con fundamento en que, en definitiva, todos los supuestos de ley declarada incompatible con el Derecho de la Unión se traducirían en una omisión legislativa, argumento al que se añade el de la inexistencia de casos de responsabilidad patrimonial del Estado por inconstitucionalidad por omisión –como no le parece impertinente hacer al Tribunal Supremo, siguiendo el argumento del Abogado del Estado (90)–, no resulta muy correcto, por la razón teórica ya explicitada (esto es, que si se enfocase así la cuestión, toda antinomia legal sería producto de una inactuación del legislador) y porque la instauración del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión (*S. Francovich*) se hizo, precisamente, a partir de una prototípica omisión del legislador estatal, como fue la no incorporación a su ordenamiento de lo obligado por una Directiva. Es indudable que los efectos de una intervención descalificadora de una ley por parte del Tribunal Constitucional y por parte del Tribunal de Justicia, cada uno desde su propia competencia enjuiciadora, son diferentes; pero atendiendo a la finalidad reparadora de los daños que hubiera podido producir, esas diferencias se deben difuminar a efectos de régimen jurídico indemnizatorio, como veremos también en el apartado siguiente. Sucede, además –como hemos ya visto y tendremos ocasión de insistir seguidamente–, que ha sido el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a requerimiento del Tribunal Supremo, el que ha establecido tal similitud de fondo en la ya analizada *S. Transportes Urbanos*, al considerar que su objeto (la reparación) era el mismo.

En cualquier caso, el resultado final de todo este proceso interpretativo del Tribunal Supremo es que, en la actualidad, para el caso de los perjuicios ocasionados por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión, y pese a constatare indubitadamente tal incumplimiento, si no se acredita la violación suficientemente caracterizada, no se otorga la reparación pedida (91). Dicho de otra manera, el Tribunal Supremo sigue insistiendo, con plena conciencia, en su interpretación

(88) Declaración de nulidad de pleno derecho que se establece en los casos de recurso directo como mínimo desde su Sentencia de 3 de noviembre de 1997, rec. 532/1995 (ponente Rouanet) y hasta la más reciente –del Pleno de la Sala Tercera– Sentencia de 10 de febrero de 2015, rec. 373/2014 (ponente Espín). Entre ambas, destaca por el esfuerzo argumental desplegado la Sentencia de 10 de diciembre de 2002, rec. 246/1997 (ponente Campos).

(89) «[L]a vulneración de normas comunitarias ha de tener el mismo efecto que la vulneración de normas estatales, en orden a estimar los recursos contencioso-administrativos que contra aquéllos se deduzcan», dirá en la S. de 10 de diciembre de 2002 citada en la nota anterior.

(90) *Vid.*, *supra*, nota 85.

(91) Así lo podemos apreciar en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, como son, por ejemplo, tres Sentencias de 2 de febrero de 2015, rec. núm. 46/2013, 47/2013, y 50/2013, respectivamente (ponente Cudero), y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015, rec. núm. 75/2013 (ponente Requero); la Sentencia de 22 de octubre de 2015, rec. núm. 157/2013 (ponente Arozamena); la Sentencia de 17 de noviembre de 2016, rec. 196/2015 (ponente Toledano); o las Sentencias de 3 y 5 de octubre de 2017, rec. núm. 427/2015 y 438/2015, respectivamente (ponente de ambas Olea).

de la indefectible exigencia de la constatación de la violación suficientemente caracterizada: varias sentencias bien recientes que así lo proclaman (92).

6. SOBRE SI HAY SIMILITUD ENTRE EL SISTEMA INTERNO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LEYES INCONSTITUCIONALES Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LEYES INCOMPATIBLES CON EL DERECHO DE LA UNIÓN

Es éste un aspecto clave para el problema que nos hemos planteado, puesto que la eventual inaplicación –o desplazamiento, si se prefiere– del requisito de la violación suficientemente caracterizada depende, con carácter previo, de que el sistema interno de referencia sea similar, es decir, se refiera (o busque dar soluciones) a problemas semejantes a los que plantea la responsabilidad patrimonial del los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión. Solo entonces podrá entrar en juego la previsión de la aplicación de las condiciones menos restrictivas, que hemos recogido antes.

A este respecto ya hemos visto con suficiente detenimiento que el Tribunal Supremo, con un argumento –el del margen de apreciación, en la primera jurisprudencia– o con otro –el de los diferentes efectos, en la segunda–, ha considerado que no se da la similitud necesaria para comparar ambos sistemas indemnizatorios; con lo que queda vedado *ab initio* el paso siguiente, cual es el de analizar si el interno estatal es más beneficioso que el estándar mínimo europeo.

Hay que reconocer, de entrada, la dificultad que entraña cualquier lógica comparativa. En efecto, tanto cuando se trata de aplicar el argumento analógico como cuando se invoca el principio de igualdad, es necesario un *tertium comparationis* para encontrar la solución adecuada en caso de laguna o para apreciar si se ha lesionado el derecho a la igualdad, respectivamente. Esas operaciones de comparación, relacionales o como preframos llamarlas son todo menos sencillas, dado que, al tratarse de situaciones distintas por definición, encontrar aquello que resulte relevante para establecer una similitud (o para desecharla) supone destacar o dar importancia a unos aspectos y no dar relevancia a otros, lo cual conlleva un indudable componente valorativo o de elección entre varias opciones.

(92) Así, la Sentencia de 17 de noviembre de 2016, rec. núm. 196/2015 y la Sentencia de 20 de febrero de 2017, rec. núm. 184/2015 (ponente de ambas Toledano), en las que, ante la argumentación de la actora en el sentido de que el principio de equivalencia obligaba a excluir el requisito de la violación suficientemente caracterizada e incluso solicitaba el planteamiento de una cuestión prejudicial al respecto, el Tribunal Supremo reitera su sólida posición, diciendo que es una cuestión «perfectamente clara» y que, precisamente, en virtud de la doctrina del acto claro «no existe el menor fundamento para plantear la cuestión prejudicial al TJUE» sobre este extremo.

Por su parte, las Sentencias de 3 y 5 de octubre de 2017, rec. núm. 427/2015 y núm. 438/2015 (ponente de ambas Olea), insisten en la necesaria diferencia de régimen «sustantivo» para la responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional y por ley contraria al Derecho de la Unión Europea, reconociendo expresamente que para aquella «no se exige grado alguno en cuanto a la infracción constitucional, basta[ndo] con que exista para que proceda declarar la responsabilidad» y siendo «suficiente la mera declaración de inconstitucionalidad de una norma a la que se imputa el daño, que debe acreditarse, para acceder a la pretensión indemnizatoria»; a lo que añaden una referencia al artículo 32.5 LRJSP (aun reconociendo su no aplicabilidad al caso, por razones temporales) que vendría a ratificar la interpretación del Tribunal Supremo.

Ciñéndonos al caso del que se ha ocupado el Tribunal Supremo, debemos dilucidar si entre a) la reparación establecida en el Derecho español para los daños producidos por la aplicación de una Ley inconstitucional –cuyos términos ha establecido el Tribunal Supremo, de la manera que veremos en el apartado siguiente– y b) la reparación establecida en el ordenamiento de la Unión para los daños producidos por la aplicación de una Ley contraria al mismo –cuyos términos ha establecido el Tribunal de Justicia, de la manera que ya hemos visto con detenimiento anteriormente– existe una similitud suficiente como para considerar que estamos ante dos sistemas comparables o equivalentes. Ya hemos reiterado numerosas veces que para el Tribunal Supremo la respuesta es negativa.

Que estamos hablando de dos sistemas distintos y, por lo tanto, que hay diferencias entre uno y otro resulta una obviedad. ¿Pero esas (intrínsecas) diferencias justifican que no podamos considerar como normas o sistemas equivalentes? Parece que no y que más bien existen poderosas razones para mantener que sí son similares y equiparables. Veámoslas.

De manera preliminar conviene advertir que, metodológicamente hablando, una visión «micro» (esto es, más cercana o de menor campo de observación) lleva a percibir mejor y agrandar las diferencias; mientras que una visión «macro» (esto es más lejana) lleva a percibir mejor los aspectos más generales (o abstractos, si se quiere) que son comunes.

Pues bien, de entrada conviene subrayar que, cuando nos encontramos con una reclamación indemnizatoria de este tipo, estamos vinculados por el Derecho de la Unión Europea y, por lo tanto, debe ser esta óptica (que sería la que aquí hemos denominado «macro») la que predomine, pues se trata de materializar unos principios supranacionales en un sistema estatal concreto.

Esto debilita ya no poco el hilo argumental del Tribunal Supremo en su segunda jurisprudencia, que descansaba sobre las consecuencias establecidas por *nuestro sistema* en caso de ley inconstitucional, en cuanto a su *validez* y a la de sus actos de aplicación (problema ajeno al Derecho de la Unión Europea, lógicamente). Mas, se insiste, eso no es lo que interesa al Derecho de la Unión Europea, para el que lo fundamental es la *finalidad resarcitoria* o, mejor aún, su garantía.

Lo más razonable y coherente debe ser –siempre en el ámbito de la reparación indemnizatoria– atender a los sujetos, al objeto, a la causa y, sobre todo, a la finalidad para dilucidar si existe similitud suficiente como para comparar los sistemas. A estos efectos veremos que el *sujeto* que actúa (u omite) es el mismo: el legislador estatal; el *objeto* muy parecido: una actuación (u omisión) legislativa que produce un daño; la *causa* muy similar: una actuación contraria a Derecho (contraria a la propia Constitución, que es norma jerárquicamente superior, o contraria al Derecho de la Unión Europea, que tiene primacía aplicativa sobre la legislación estatal, respectivamente); pero, sobre todo, la *finalidad* es idéntica: reparar el daño así producido (93). Las lógicas y evidentes diferencias entre ambos supuestos –qué tipo

(93) En sentido contrario, sin embargo, *vid.* RUIZ LÓPEZ, M. A., «Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en la obra colectiva, coordinada por J. M. BAÑO LEÓN, *Memorial para la reforma del estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC. Madrid, 2016, vol. III, espec. p. 2796 y 2797, para quien «[l]as acciones de responsabilidad del Estado-legislador por vulneración de la Constitución y por infracción del Derecho de la Unión Europea no responden al mismo fundamento jurídico. La res-

de sujeción existe con respecto a la norma conculcada; quién puede declararla contraria a Derecho; o qué efectos se derivan con respecto a la validez de tales actuaciones y de las que se ejecutaron a su amparo— no parecen más relevantes que las similitudes, *desde la perspectiva de la garantía de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*, que es el prisma desde el que debemos tratar la cuestión.

Incidentalmente podemos decir que, cuando se han señalado las diferencias entre ambos presupuestos, la reflexión manifestada en el seno del Tribunal de Justicia ha sido precisamente para intentar justificar que con mucha mayor lógica jurídica se debía admitir la indemnización por daños producidos por una ley contraria al Derecho de la Unión Europea que por una Ley inconstitucional. En efecto, inmediatamente antes de dictarse la *S. Brasserie* —por lo tanto, cuando estaba en plena discusión la posible obligación estatal de indemnizar por ley contraria al ordenamiento supranacional—, el Abogado General Léger defendió la diferencia de responsabilidades del Estado legislador, pero para concluir que las dificultades a la hora admitir la indemnización por leyes inconstitucionales no existían en el caso de leyes contrarias al Derecho de la Unión y que no se debía exigir el restrictivo requisito de la violación suficientemente caracterizada (como sí acabaría haciendo el Tribunal de Luxemburgo un año más tarde, en contra de esta opinión) para el caso de una actuación legislativa contraria al Derecho de la Unión (94).

En fin, en el enfoque que aquí se mantiene tenemos al propio Tribunal de Justicia que, en su ya analizada *S. Transportes Urbanos* —para aplicar el principio de equivalencia (95)—, consideró sin titubeo alguno que tenían suficientes similitudes de fondo como para considerar contraria a dicho principio la imposición de unas exigencias procedimentales distintas y más estrictas para el caso de los daños producidos por una ley contraria al Derecho de la Unión que para el caso de los daños producidos por una ley contraria a la Constitución Española (96). En efecto, el razonamiento de la

pensabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario es primariamente un mecanismo de sometimiento o sujeción de los mismos al ordenamiento comunitario, no tanto una garantía patrimonial del ciudadano europeo» (pp. 2795-2796). También GONZÁLEZ ALONSO, A., «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», en *REDC* núm. 106, 2016, considera que «las finalidades previstas por ambos regímenes de responsabilidad no son realmente comparables. El régimen de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del DUE tiene sobre todo un fundamento de carácter sancionatorio, de tal manera que es un instrumento más orientado a penalizar los incumplimientos impuestos por el DUE que a resarcir los daños que sufran los particulares como consecuencia de una actuación antijurídica de los Estados miembros o de las Instituciones Comunitarias» (p. 416, la cursiva está añadida).

No parece ser ésta, sin embargo, la interpretación del Tribunal de Justicia, que, desde un comienzo ha destacado el aspecto (subjetivo) reparador de su construcción (*vid. supra* nota 19) y para quien —como ya hemos dicho también (*vid. supra* nota 37)—, «la responsabilidad de un Estado miembro basada en el Derecho comunitario no tiene como objetivo la disuasión o la imposición de una sanción, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros» (Sentencia de 17 de abril de 2007, *as. AGM-COS. MET*, cit., aptdo. 88).

(94) *Vid.* las Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995, en el *as. Hedley Lomas*, C-5/94, aptdos. 95 a 111.

(95) Que, por principio, requiere la similitud y, para su constatación, se remitió a su asentada jurisprudencia sobre la necesidad de que sean similares el *objeto* y los *elementos esenciales* (*S. Transportes Urbanos*, cit. aptdos. 33 y ss., con cita de la Sentencia de 1 de diciembre de 1998, *as. Levez*, C-7326/96 y de la Sentencia de 16 de mayo de 2000, *as. Preston*, C-78/98).

(96) Y eso que la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, se basaba también en unas evidentes diferencias de régimen entre a) la ley tachada de inconstitucional, que no está a disposición

Gran Sala fue –como ya sabemos– que, teniendo las dos reclamaciones «exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado», la única diferencia existente consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica y esta diferencia «no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia». Este argumento resulta decisivo, pues esta Sentencia se refiere al mismo supuesto (daño producido por ley estatal contraria al Derecho de la Unión Europea) y al mismo ordenamiento de aplicación (el español) que los que nos ocupan.

Si concluimos, entonces, que los sistemas indemnizatorios en uno y otro caso son equiparables, el siguiente paso será comparar su operatividad para ver si, efectivamente, el sistema español es o no más beneficioso en cuanto al tipo de incumplimiento del Derecho, para obrar en consecuencia, con respecto al requisito de la violación suficientemente caracterizada. A ello dedicaremos el apartado siguiente. Pero adviértase de nuevo que el Tribunal Supremo niega este punto de partida, esto es, que pueda haber equiparación entre uno y otro sistema: bien porque el margen de apreciación del legislador cuando actúa en el marco del Derecho de la Unión Europea es mucho mayor que cuando desarrolla el texto constitucional y debe quedar preservado frente a reclamaciones patrimoniales (97), bien porque los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y los de la declaración de incompatibilidad con el Derecho supranacional son diferentes (98). Ya hemos señalado, sin embargo, que la postura que aquí se mantiene no es ésta sino, por el contrario, la de que ambos regímenes indemnizatorios sirven a fines análogos, razón por la que proseguimos con el argumento a continuación.

7. SOBRE SI NUESTRO SISTEMA INDEMNIZATORIO ES MÁS BENEFICIOSO O NO QUE EL ESTABLECIDO POR EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

Si consideramos que el ordenamiento español de responsabilidad patrimonial del Estado debe servir no solo de *cauce procedimental* apto para canalizar las solicitudes de indemnización basadas en el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, sino también como regulación de las *condiciones materiales* o sustantivas para su obtención en el caso de que fuera más beneficiosa, el paso siguiente será comparar los requisitos de fondo que en ella se requieren para no exigir el requisito de que la ilegalidad sea manifiesta y grave (esto es, resulte suficientemente caracterizada) en el caso de reclamaciones indemnizatorias sustentadas en el incumplimiento del Derecho de la Unión, siempre que tal tipo de requisito no se exija en la normativa española (y no hubiera en la misma ningún otro que neutralizase este efecto de mejora).

del juez ordinario y ante la que el particular solo puede solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, y b) la ley contraria al Derecho de la Unión Europea, que sí puede ser inaplicable por el juez ordinario y por cuyos actos de aplicación se puede solicitar la indemnización sin que previamente haya sido formalmente declarada incompatible con el citado ordenamiento.

(97) Así, indiciariamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012, cit. en la nota 78 y, más claramente, en las Sentencias de 3 y 5 de octubre de 2017, cit. en la nota 92.

(98) Como hemos visto que se concluía en las dos SSTs de 22 de septiembre de 2014, cit. en la nota 83.

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2016) –de lo que nos ocuparemos en el apartado siguiente– nuestro sistema de responsabilidad patrimonial del Estado tiene (desde 1992) una apoyatura legal expresa en el artículo 139.3 LRJPAC: «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» (99). Pero tal previsión normativa quedó superada por lo interpretado por el Tribunal Supremo, razón por la que debemos atender más que a este precepto a lo que ha resultado realmente operativo tras la intervención de este Tribunal. En efecto, en este precepto no se mencionaba el supuesto que aquí más interesa (el de las leyes inconstitucionales) y, ante ello, el Tribunal Supremo ha elaborado su propia construcción para otorgar la indemnización en tales casos.

Dejamos a un lado la importante discusión doctrinal que ha tenido lugar entre nosotros con respecto a la admisibilidad (y en qué términos) de una responsabilidad patrimonial por actuaciones legislativas, así como la mayor o menor coherencia y acierto de la construcción llevada a cabo por el Tribunal Supremo, pues a los limitados efectos de este trabajo lo que interesa es recoger con la mayor fidelidad y exactitud posibles lo que realmente interpreta y aplica el Alto Tribunal cuando se enfrenta con una solicitud de indemnización basada en una ley inconstitucional (sólo este caso, se insiste) y para que, después, nos sirva de término de comparación con lo exigido por la jurisprudencia luxemburguesa con respecto a los daños producidos por una ley contraria al Derecho de la Unión Europea. Concretando más la cuestión, tenemos que analizar y valorar si las condiciones son menos restrictivas que las derivadas de la exigencia de la violación suficientemente caracterizada, porque en tal caso –por exigencias del propio Derecho de la Unión Europea, como tanto hemos repetido– deberíamos orillar el sistema «general» establecido por el ordenamiento europeo para aplicar el «particular» estatal más beneficioso.

Así fijado el enfoque, vamos a analizar la jurisprudencia más relevante de la Sala Tercera; pero, para mayor precisión aún, limitada a aquellos pronunciamientos que otorgan la pretensión indemnizatoria, excepto en el último supuesto (por las razones que se verán entonces).

A) El primer pronunciamiento que nos interesa es el constituido por la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000* (100), que estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de una ley que estableció un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar y que fue declarado inconstitucional y nulo, por contrario al artículo 9.3 CE, en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996, de 31 de octubre. En aquélla, tras afirmar que, «por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido a priori en su texto», el Tribunal Supremo efectúa varias e interesantes consideraciones

(99) Lo que, con una redacción casi idéntica, se mantiene en el artículo 32.3 LRJSP.

(100) Rec. núm. 49/1998 (ponente Xiol). Debe precisarse que a esta Sentencia siguieron otras también estimatorias, basadas en el mismo fundamento.

sobre los efectos de la cosa juzgada y, en resumen, viene a interpretar que, al no haberse podido devolver las cantidades indebidamente ingresadas (por estar basadas en un precepto inconstitucional), procede su compensación vía responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración del Estado, dado lo indiscutible de la antijuridicidad (inconstitucionalidad) origen de su lesión patrimonial. Repárese en que el Tribunal Supremo no exige otro requisito que no sea la actualidad (no haber sido ya reparado) del daño producido por la aplicación de la norma inconstitucional; pero a la antijuridicidad no le añade ningún otro requisito agravatorio o adicional, con lo cual ésta consiste en la pura inconstitucionalidad constatada.

B) El segundo bloque de pronunciamientos estimatorios es el iniciado con la *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003* (101), que otorga una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de una modificación legislativa que adelantó la edad del pase a la situación de segunda actividad para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y que fue declarada inconstitucional y nula, por haberse incluido tal regulación en una Ley de Presupuestos Generales del Estado, lo que se consideró incompatible con el contenido constitucionalmente habilitado para este tipo tan especial de leyes, en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 234/1999, de 16 de diciembre. Tras reiterar la doctrina inaugurada con la sentencia comentada en el párrafo anterior, y como quiera que en este caso el interesado no había recurrido el acto de aplicación de la ley (sino que se había aquietado, consintiéndolo) y fue tras la declaración de inconstitucionalidad cuando solicitó *ex novo* la reparación, el Tribunal Supremo dirá, refiriéndose a la Sentencia constitucional, que ésta «no puso límite alguno a su declaración en cuanto a la afectación de las situaciones que hubieran nacido bajo su vigencia, de modo que al no existir sentencia dictada en proceso ya fenecido ni invocar el Tribunal razones de seguridad jurídica para conservar esas situaciones, no existe obstáculo para que esta Sala pueda estimar la demanda planteada». Como vemos, pues, en esta ocasión al Tribunal Supremo le vale con la declaración de inconstitucionalidad –y, además, de tipo *formal*, como es que la regulación se hubiera contenido en una clase de ley que no era la que procedía, según el art. 134 CE– para decretar la indemnización. Aunque conviene destacar la salvedad que hace para el supuesto de que sea el propio Tribunal Constitucional el que, en la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley, limite sus efectos exclusivamente *a futuro* (es decir, dicte una sentencia prospectiva, sin retroacción de la declaración de nulidad) (102).

C) Destacada importancia tiene la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010* (103), que estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de un Decreto-Ley que modificó las obligaciones empresariales indemnizatorias en caso de despido declarado improcedente y que fue declarado inconstitucional y nulo, por no reunirse el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, establecido en el artículo 86.1 CE, en la Sentencia del Tribunal Cons-

(101) Rec. núm. 115/2002 (ponente Martínez-Vares). A ésta le han seguido otras varias en el mismo sentido.

(102) Salvedad o excepción que hay que señalar que se reconoce expresamente por el Tribunal Supremos al menos desde su Sentencia de 15 de julio de 2000, rec. núm. 736/1997 (ponente Peces).

(103) Rec. núm. 588/2008 (ponente Menéndez), dictada por el Pleno y a la que le acompañan seis votos particulares suscritos por once magistrados. A esta sentencia también le han seguido otras muchas estimatorias.

titudinal núm. 68/2007, de 28 de marzo. La Sala Tercera en Pleno señala terminantemente que «aquella condición o presupuesto que exige el tenor literal de aquel inciso final del artículo 139.3 [«cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos»] 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» (104) y, tras notables esfuerzos argumentativos, concluye –en lo que aquí interesa– por ratificarse en su distinción entre cosa juzgada (de un proceso anterior) y acción de responsabilidad (de un nuevo proceso), tras una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad. Para el Tribunal Supremo, la antijuridicidad suficiente a efectos indemnizatorios lo es la declaración de inconstitucionalidad de la ley (105); no obstante lo cual –y aquí sí que se aprecia un *novum* en la interpretación–, parece dejar algún resquicio abierto para alguna hipótesis excepcional (que no era la del supuesto enjuiciado, ciertamente) que conviene recoger: «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, *solo 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*» (la cursiva está añadida).

D) También debemos citar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013* (106), que estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de una ley que modificó, retroactivamente, el ingreso de cuotas a la Seguridad Social y que fue declarada inconstitucional y nula, por contraria al artículo 9.3 CE, en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 89/2009, de 20 de abril. Esta sentencia es estructuralmente muy parecida a la primera (de 2000) que hemos mencionado y, en consecuencia, los argumentos los mismos; si

(104) Desbordamiento o superación del artículo 139.3 LRJPAC que justifica de la siguiente manera:

«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 aquélla que expresa aquel inciso– «no podía ser establecido a priori en su texto» (en el de la ley inconstitucional).»

(105) Que, como hemos dicho, en este supuesto no es de tipo sustancial o material, sino «limitada en el caso que aquí enjuicamos a la sola o mera contravención por el RDL del inciso inicial del artículo 86.1 CE», siendo indiferente la causa o motivo de la inconstitucionalidad «si el perjuicio cuya reparación se pretende deriva precisamente de la aplicación de la norma declarada inconstitucional».

(106) Rec. núm. 269/2011 (ponente Teso).

bien aquí se añade también, a título meramente hipotético, la posibilidad recién mencionada de que hubiera el deber de soportar los daños producidos por la aplicación de una ley inconstitucional, en circunstancias singulares.

E) En fin, con distinto fundamento que en los casos anteriores –porque no se trata de un supuesto con declaración previa de inconstitucionalidad–, tenemos que hacer mención de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015* (107), que estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de un Decreto-Ley que suspendía los procedimientos de pre-asignación de retribución y suprimía los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuo. Pero no por su inconstitucionalidad (108), sino por considerarlo contrario al principio de confianza legítima (109). Si se trae a colación esta sentencia es por dos razones: a) porque el Tribunal Supremo interpreta que, también surge el derecho a la indemnización por la aplicación de una norma con rango de ley que no es inconstitucional, y pese a no preverse expresamente tal extremo en el acto legislativo de naturaleza no expropiatoria de derechos (el requisito del art. 139.3 LRJPAC), dada la antijuridicidad que le transmite la lesión del principio de confianza legítima, con lo que vemos que el sistema de responsabilidad por aplicación de leyes es aún más amplio que el supuesto de leyes inconstitucionales; y b) porque, como veremos en el apartado siguiente, éste no es un supuesto en absoluto previsto por la nueva ley que regula la responsabilidad del Estado legislador y podría plantear dudas sobre su perdurabilidad.

De este rápido repaso por la interpretación del Tribunal Supremo podemos deducir tres aspectos, a nuestros efectos. En primer lugar que, en todos los supuestos en los que efectivamente ha reconocido la responsabilidad por la aplicación de una ley declarada posteriormente inconstitucional, le ha bastado con tal dato, sin ulteriores cualificaciones sobre la pura inconstitucionalidad. Es más, ya hemos visto que en dos (de las cuatro) ocasiones, concretamente, la inconstitucionalidad no consistía en que la regulación material fuese contraria a la Constitución, sino en que se había introducido en el ordenamiento por una fuente normativa incorrecta según la *Norma normarum*. El propio Tribunal Supremo es perfectamente consciente de esta situación, pues –como hemos visto, pero conviene reiterar ahora– ha reconocido de manera paladina que «la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales no exige, en principio, hacer ninguna valoración sobre la gravedad de la infracción de la Constitución» (110) y que «en el régimen que se ha establecido en nuestro Derecho

(107) Rec. núm. 10/2013 (ponente Requero), a la que han seguido otras varias.

(108) Pues, recurrido, el Tribunal Constitucional no había declarado inconstitucional el Decreto-Ley en sus Sentencias 187/2014, de 6 de noviembre; 48/2015, de 5 de marzo, 105/2015, de 28 de mayo y 106/2015, de 28 de mayo.

(109) «[E]l principio de confianza legítima se invoca en el caso de autos –dirá el Tribunal Supremo– no para juzgar la constitucionalidad del Real Decreto-ley 1/2012 o su compatibilidad con el ordenamiento comunitario, sino para integrar la exigencia de la antijuridicidad del daño cierto, efectivo e individualizado por el que se reclama, es decir, su insoportabilidad en Derecho»; tras su análisis, concluye que «esa afectación al principio de confianza legítima integra el requisito de la antijuridicidad»; y, en consecuencia, estima parcialmente el recurso.

(110) «Mientras que la responsabilidad del Estado por violación del derecho de la Unión Europea tiene entre sus condiciones, como es bien sabido, que dicha violación sea suficientemente caracterizada» (Sentencia de 22 de septiembre de 2014, cit. en la nota 83).

para las reclamaciones indemnizatorias fundadas en normas declaradas contrarias a la Constitución, no se exige para que proceda declarar la responsabilidad; es suficiente la mera declaración de inconstitucionalidad de una norma a la que se imputa el daño, que debe acreditarse, para acceder a la pretensión indemnizatoria» (111). Estas afirmaciones del principal aplicador del principio de la responsabilidad estatal contrastan con la interpretación sostenida por el Consejo de Estado (112) o por alguna parte de la doctrina (113). Parece indiscutible, entonces, que el régimen «interno» establecido para las leyes inconstitucionales es más favorable que el aplicado para las leyes incumplidoras del Derecho de la Unión Europea (114).

En segundo lugar, que el derecho al resarcimiento solo queda enervado cuando el Tribunal Constitucional –como no podría ser de otra manera, si tenemos en cuenta el rotundo señorío que ha establecido sobre las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad (115)– expresamente limita los efectos retroactivos de su declaración de inconstitucionalidad (116). De hecho, el Tribunal Supremo ya ha aplicado esta autorrestricción en algún caso (117).

Por último, que más recientemente parece haberse abierto la posibilidad de que, en circunstancias muy especiales (que aún no ha apreciado que se hayan producido en los supuestos sometidos a su enjuiciamiento), los efectos de la inconstitucionalidad podrían tener que ser soportados por el perjudicado, con lo que «a diferencia de lo que ocurre con la violación del derecho de la Unión Europea, la gravedad de la infracción de la Constitución solo excepcionalmente es relevante a efectos indemnizatorios» (118).

8. NECESARIA CLARIFICACIÓN DEL SISTEMA

En la tesis aquí sostenida, mientras se mantuviese la interpretación del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por ley inconstitucional, para la responsabi-

(111) Sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 5 de octubre de 2017, cit. en la nota 92.

(112) Recuérdese que razonaba en función de la literalidad del artículo 139.3 LRJPAC y no de la efectiva aplicación realizada por el Tribunal Supremo (*vid. supra*. aptdo. VI.4).

(113) *Vid.* las razones aducidas por GONZÁLEZ ALONSO, A., «La responsabilidad del Estado legislador...», cit., pp. 417 y ss.

(114) *Vid.*, en este sentido, ALONSO GARCIA, R., «Treinta años de *ius publicum commune* europeo en España», en *RAP* núm. 200, 2016, espec. pp. 352 y ss.

(115) Pues, en el considerado como el primer caso de sentencia prospectiva, ya dijo el Tribunal Constitucional que «[N]i 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» (STC núm. 45/1988 de 20 de febrero, FJ. 11, la cursiva está añadida). Este criterio se mantiene hasta nuestra fechas (*vid.*, por ejemplo, la STC núm. 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 8).

(116) Pero cuando el Tribunal Constitucional guarda silencio, el Tribunal Supremo asume la facultad de «decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del Derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia» (como ha dicho en numerosísimas ocasiones, la última en su Sentencia de 11 de octubre de 2016, rec. núm. 48/2015).

(117) Como ha sucedido en sendas Sentencias de 24 de febrero de 2015, rec. núm. 538/2013 y 539/2013 (ponente de ambas Cudero).

(118) SSTS de 22 de septiembre de 2014, cit. en la nota 83 (la cursiva está añadida).

lidad en caso de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea no debería exigirse tampoco la cualificación de incumplimiento manifiesto y grave (como sinónimo de suficientemente caracterizado), por no ser éste un requisito que, para el Tribunal Supremo, tuviera su correspondencia en los supuestos de leyes inconstitucionales.

Ahora bien, esta última conclusión no tenía por qué ser una respuesta definitiva; máxime cuando existen serias dudas sobre la solución adoptada (en los términos en los que lo ha hecho el Tribunal Supremo) con respecto a la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales. Dudas que se refieren no solo a su acierto en términos de oportunidad –pues ha sido seriamente criticada por su excesiva liberalidad (ya que, en algunos casos, podría tener una profundísima repercusión sobre la Hacienda Pública) y por no estar reconocida de similar manera en los demás ordenamientos estatales de nuestro entorno– sino, fundamentalmente, en términos de corrección constitucional, por haber sido el Tribunal Supremo el que ha establecido las consecuencias patrimoniales de una ley inconstitucional, el que ha hecho su propia interpretación del artículo 40 LOTC y el que ha decidido la radical insuficiencia del artículo 139.3 LRJPAC, todo ello sin haber solicitado el concurso interpretativo del Tribunal Constitucional, vía cuestión de inconstitucionalidad.

De aquí que se propugnara (119) una intervención del legislador estatal que regulase directamente la responsabilidad patrimonial por los daños producidos por leyes inconstitucionales. Intervención legislativa en la que se deberían establecer los condicionamientos que se considerasen pertinentes y que fueran constitucionalmente admisibles, obviamente. Sobre este último aspecto, repárese en que, a diferencia de lo establecido en los artículos 106.2 CE y 121 CE, para el supuesto que nos ocupa no existe previsión constitucional directa alguna.

Una regulación similar para ambos casos –bien basada en la más generosa, prevista por nuestra jurisprudencia para la ley inconstitucional; bien en una más restrictiva, basada en los mínimos exigidos por la jurisprudencia europea–, no presentaría problemas ante el Derecho de la Unión Europea. El legislador español podría optar por una regulación más amplia o más restrictiva, pero el Derecho de la Unión Europea le exige, eso sí, que –respetando los mínimos de la construcción del Tribunal de Justicia– sea similar para ambos casos.

Esta propuesta no debería, en principio, encontrar resistencias en el Tribunal Supremo (pese a que ya hemos visto que ha sido el autor de la diferenciación), si, como se insiste, la regulación no es inconstitucional. Máxime teniendo en cuenta que, en su construcción de la responsabilidad patrimonial del legislador, además de respetar el límite –ya visto– de lo que el Tribunal Constitucional haya establecido en su sentencia de inconstitucionalidad (en cuanto a su efectos), la Sala Tercera también ha explicitado que lo hacía «a falta de norma legal expresa que lo determine» (120).

Pues bien, esta reclamada intervención del legislador se ha producido ya –y de decidida manera (aunque su acierto sea discutible)– con ocasión de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (con entrada en vigor en octubre de 2016), que analizamos a continuación.

(119) *Vid.* lo propuesto en COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, cit. pp. 237 y ss.

(120) Así podemos constatarlo, de continuada manera, desde la STS de 15 de julio de 2000, cit. en la nota 102 hasta la STS de 11 de octubre de 2016, cit. en la nota 116.

VII. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL REGULANDO LOS SUPUESTOS DE INDEMNIZACIÓN POR LA APLICACIÓN DE NORMAS CON RANGO DE LEY INCONSTITUCIONALES Y POR LA APLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La regulación se aborda en el artículo 32 LRJSP, incluido en el Capítulo IV, titulado «De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», de su Título Preliminar («Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público»). Parece un tanto dudoso, de entrada, el acierto de incluir la responsabilidad del legislador en una Ley que se proclama reguladora (y reformadora) de las *Administraciones Públicas* (121); aunque se podría, voluntariamente, intentar atenuar esta reticencia pensando que, en nuestro sistema, es la Administración (el brazo ejecutor del Estado) la que «responde» económicamente ante los particulares, librando los fondos de los presupuestos públicos, también cuando los daños a reparar se imputan al Estado-Juez o al Estado-Legislador y que, además, en todos los casos la acción indemnizatoria comienza con un *procedimiento administrativo* previo.

Entrando ya en su contenido, lo primero que encontramos es una previsión prácticamente idéntica al reiteradamente mencionado (y ya derogado) artículo 139.3 LRJPAC, pues ahora el artículo 32.2 LRJSP comienza con el siguiente apartado: «Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen». Se trata, por tanto, del supuesto en el que es el propio legislador, consciente del alcance y de las consecuencias de su nueva regulación, el que ha previsto y dispuesto una compensación económica por los daños que su aplicación pueda producir. Nada que objetar sobre tal posibilidad, salvo indicar una obviedad: su límite será la inconstitucionalidad en forma de discriminación o de arbitrariedad contrarias a los artículos 14 y 9 CE.

Pero lo que más interesa aquí es lo que viene a continuación porque, por primera vez, el legislador se enfrenta con la posible responsabilidad patrimonial por la aplicación tanto de normas con rango de ley inconstitucionales como de normas

(121) Como probablemente lo siga siendo el mantener la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional (art. 32.8 LRJSP); que, cuando se introdujo (abruptamente) en 2009, como modificación de la Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, ya me permití criticar (*vid.* COBREROS MENDAZONA, E., «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», en *RVAP*, núm. 87-88, 2010, espec. pp. 334 y ss.); en el mismo sentido, RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M., «“Igualar por abajo”. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», en *REDE* núm. 38, 2011, p. 163.

La mención al funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 32.7 LRJAR, en el que hay que entender comprendido el error judicial) se limita a su remisión al régimen de responsabilidad patrimonial establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

contrarias al Derecho de la Unión Europea. Primero analizaremos separadamente cada uno de los dos supuestos y luego estableceremos la conexión entre ambos.

A. **Responsabilidad por los daños derivados de la aplicación de normas con rango de ley inconstitucionales**

El segundo apartado del artículo 32.3 LRJSP comienza indicando que la «responsabilidad del Estado legislador» puede surgir también «[c]uando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional», siempre que concurren los requisitos del apartado siguiente. Vemos, por tanto, que se engloban tanto los actos legislativos del legislador –mejor habría que decir de los legisladores, para tener en cuenta también a los parlamentos autonómicos (122)– como los actos normativos del Gobierno –nuevamente, de los gobiernos– cuando tienen rango de ley (decretos legislativos y decretos-leyes). Su ámbito de aplicación es, así, un poco más amplio que las leyes dictadas por el legislador *stricto sensu* (123).

El presupuesto básico es, entonces, la existencia de una declaración de inconstitucionalidad; lo que implica, obviamente, una previa sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un recurso de inconstitucionalidad o en una cuestión de inconstitucionalidad (124). Sin ella o con una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad pero que limite sus efectos (como ya hemos señalado) no habrá responsabilidad patrimonial que reclamar.

Y, en todo caso, la acción de indemnización ante el Consejo de Ministros deberá ejercitarse en el plazo de un año desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad (125).

Pero esta Ley también establece algún otro requisito adicional para la efectividad de esta responsabilidad que no se encontraba en la construcción jurisprudencial de la responsabilidad por ley inconstitucional ya vista.

Así, es necesario haber «obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada» (art. 32.4 LRJSP). Se exige, por tanto, como requisito previo que el particular

(122) Conviene precisar que este artículo está dictado al amparo del artículo 149.1.18.ª CE (disposición final décimo cuarta, 1 LRJSP), constituyendo, así, el «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas» que corresponde establecer al Estado, según el citado artículo de la Constitución.

(123) Recuértese, en este sentido, el supuesto de la STS de 2 de junio de 2010 citada en la nota 103, que se refería a un Decreto-Ley declarado inconstitucional.

(124) Aquí podría plantearse la duda de si, en el caso de los decretos-legislativos –por la previsión del art. 86.2 CE [respetada por el art. 27.2b) LOTC]–, valdría con una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que apreciase la existencia de un exceso de regulación gubernamental con respecto a lo efectivamente delegado por el legislador. Teniendo en cuenta el fundamento de esta construcción del doble control (vid. la clásica construcción de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. Madrid, 18.ª edic. 2017, espec. pp. 285 y ss.), lo lógico sería que, para tal supuesto, rigiese lo establecido para la responsabilidad patrimonial de la Administración por disposiciones reglamentarias nulas; y, por lo tanto, encuadrable en las previsiones del artículo 32.1 LRJSP y no en las de este artículo 32.4 LRJSP.

(125) Este plazo de prescripción se establece en el artículo 67.1 de la coetánea Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC).

dañado hubiese formalizado judicialmente un recurso contra el acto administrativo aplicativo basándose, precisamente, en la inconstitucionalidad de la ley (que goza de presunción de constitucionalidad, no se olvide) que aquél aplica. Este necesario fundamento de su previa demanda parece que, por un mínimo de coherencia, debería implicar la solicitud del planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (aunque esto no lo exige este art. 32.4 LRJSP), sobre cuya procedencia luego decidirá libérrimamente, según nuestra doctrina constitucional, el órgano jurisdiccional llamado a resolver. De tal manera que, a este último respecto, caben dos posibilidades: a) que el órgano jurisdiccional acceda a plantearla y el Tribunal Constitucional estime la cuestión, con lo que se abre la posibilidad de reclamar la indemnización en un procedimiento posterior (si no se hubiera añadido la pretensión indemnizatoria a la de declaración de anulación del acto aplicativo de la ley, como permite el art. 31.2 LJCA); b) que el órgano jurisdiccional no acceda a plantearla, con lo que, si el acto no fuera anulado por alguna otra razón, estaríamos en el supuesto previsto en el art. 32.4 LRJSP y, por lo tanto, habría que esperar a una eventual sentencia de inconstitucionalidad posterior para que se pudiese activar el mecanismo resarcitorio.

Ahora bien, aquí también cabría plantearse (126) qué sucederá si la inconstitucionalidad alegada en el recurso ordinario no es la misma que la que luego resulta estimada en el proceso constitucional.

Además, tenemos una limitación material como es que se constriñe la indemnizabilidad a los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley, salvo que la sentencia disponga otra cosa (art. 34.1 LRJSP).

En cualquier caso, según los términos legales, firme la sentencia (y, por tanto, consumados sus efectos de cosa juzgada) y cumplidos los requisitos anteriores, quedará abierta la hipotética posibilidad de acudir a la vía de la reclamación indemnizatoria (primero administrativa y luego contencioso-administrativa, en su caso) si con posterioridad se declara la inconstitucionalidad (y con anterioridad al transcurso del plazo de los cinco años, recién visto). Se modifica así, de radical manera, el sistema efectivamente vigente hasta ahora (127).

Si bien esta regulación se presenta como lógica o coherente con la necesidad de que quien se considera perjudicado por una actuación (en este caso, del legislador) reaccione contra lo que califica de daño antijurídico, ofrece algunos aspectos oscuros. Así, por ejemplo, el supuesto de leyes *self-executing* o que no precisan aplicación administrativa para causar un daño (128); o el supuesto de leyes cuya aplicación no le corresponde a ninguna Administración Pública, sino que están destinadas a regular las relaciones entre particulares (de tipo civil o mercantil, por ejemplo).

(126) Como lo hace SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en «Reformas incompletas, proyectos de futuro: el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común», en *Asamblea* núm. 34, 2016, p. 22.

(127) A favor de esta regulación se ha manifestado, expresamente, RUIZ LÓPEZ, M. A., en «Problemas de concordancia del régimen interno...», cit., espec. pp. 2795 y ss. Con anterioridad había propugnado la necesidad de la impugnación previa RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M., en «Igualar por abajo...», cit. p. 149.

(128) Aspecto que plantea SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en «Reformas incompletas...», cit., p. 22.

Se aprecia, en todo caso, con esta nueva regulación legal un giro radical, de carácter restrictivo, en relación con la práctica jurisprudencial existente y ya analizada en lo que respecta a la reparación de los daños producidos por la aplicación de una ley (o norma con tal rango) inconstitucional (129).

B. Responsabilidad por los daños derivados de la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea

El segundo apartado del artículo 32.3 LRJSP establece que la «responsabilidad del Estado legislador» puede surgir también «[c]uando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea», siempre que concurren los requisitos del apartado 5. Vemos, por tanto, que –a diferencia del caso anterior, que se refiere a norma con rango de ley– aquí solo dice «norma», lo que cuestiona si habrá de incluir también a las disposiciones reglamentarias. Esto plantea un problema de entidad que abordaremos tras mencionar los restantes requisitos establecidos

Para este caso, el presupuesto básico es que la norma haya sido declarada contraria al Derecho de la Unión Europea. En una pretendida simetría regulatoria con el caso de la ley inconstitucional, también se establece que la acción indemnizatoria ante el Consejo de Ministros (que habrá de entenderse como el Consejo de Gobierno autonómico, en el caso de una ley de su Parlamento) debe ejercitarse en el plazo de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia que declare su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, salvo que en ella se declare otra cosa (130). Ahora bien, esto no es tan sencillo como en el caso anterior (de las leyes inconstitucionales).

A estos efectos tenemos que estar a lo dicho por el Tribunal de Justicia, más que a lo que dice nuestra Ley –pues se trata de aplicar Derecho de la Unión Europea–, que ya ha dejado claramente sentado que el incumplimiento del Derecho de

(129) Incidentalmente se podría plantear la cuestión –en la que ahora no procede entrar– de si el legislador ha querido regular *todos* los supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones del legislador y, en consecuencia, quedaría fuera de lugar la creación también jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de leyes no inconstitucionales, construida en lo esencial sobre el principio de confianza legítima y materializada efectivamente en algunos pronunciamientos estimatorios: *vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993, rec. núm. 1318/1990 (ponente Mateos); de 27 de junio de 1994, rec. núm. 300/1998 (ponente Goded); de 20 de enero de 1999, rec. Núm. 5350/1994 (ponente González); de 17 de febrero de 1998 rec. núm. 327/1993 (ponente Xiol); de 3 de marzo de 1999, rec. núm. 6197/1994 (ponente Mateos); de 6 de julio de 1999, rec. núm. 308/1995 (ponente Xiol); de 27 de septiembre de 1999, rec. núm. 4751/1995 (ponente Mateos); de 16 de mayo de 2000, rec. núm. 7217/1995 (ponente Mateos); de 8 de octubre de 1998 rec. núm. 5578/1992 (ponente Rodríguez); 9 de octubre de 1998, rec. núm. 5609/1992 (ponente Rodríguez); de 10 de diciembre de 2015, rec. núm. 10/2013 (ponente Requero); de 20 de abril de 2016, rec. núm. 434/2014 (ponente Cudero); y de 28 de abril de 2016, rec. núm. 589/2014 y 590/2014 (ponente de ambas Arozamena). Además, aun tratándose de una sentencia desestimatoria, dado su esfuerzo argumental y recopilativo conviene tener cuenta la de 14 de febrero de 2002, rec. núm. 493/1998 (Ponente Sieira). Así viene a interpretarlo FERNÁNDEZ FARRERES, G., en su *Sistema de Derecho Administrativo II*. Civitas. Madrid, 3.^a edic., 2016, p. 500.

(130) En la praxis del Tribunal de Luxemburgo, la limitación temporal de los efectos de sus sentencias, tanto en los recursos de incumplimiento como en las cuestiones prejudiciales, está administrada con muchísima prudencia. Pueden encontrarse algunos datos en COBREROS MENDEZONA, E., «Los efectos temporales de las sentencias...», cit. pp. 67 y ss.

la Unión Europea no es necesario que venga adverbado por una previa sentencia dictada por el Tribunal Luxemburgo al amparo del artículo 258 TFUE, sino que puede deducirse también de una sentencia prejudicial interpretativa o de una línea jurisprudencial (131); y, sobre todo, que los jueces estatales pueden, por sí mismos, considerar la existencia de un incumplimiento aunque no haya habido una sentencia del Tribunal de Justicia referida, precisamente, a la norma causante del daño que así lo declare (132). Quede claro, pues, que el Derecho de la Unión apodera a los jueces estatales para determinar *por sí mismos* la incompatibilidad de la norma nacional aplicada con el ordenamiento supranacional y deducir la consecuencia indemnizatoria para el caso de que se hubieran producido daños con tal aplicación. Recuérdesse, por lo demás, que el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión el Tribunal de Justicia lo ha puesto, desde el principio, al nivel de los principios de aplicación directa y primacía –ninguno de los cuales necesita apoderamiento de cada ordenamiento estatal para su aplicación judicial– y que se va constituir en la cláusula de cierre de la garantía de los derechos otorgados por el ordenamiento de la Unión, esto es, cuando otros principios aplicativos (el de interpretación conforme y el de primacía, destacadamente) no lo han logrado. Entonces, el plazo del año mencionado se computará cuando, efectivamente, exista una sentencia que declare el incumplimiento de la ley española (133).

Conviene insistir: el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria contra el Estado ha de hacerse en el marco del Derecho estatal en materia de responsabilidad

(131) *S. Brasserie*, cit., aptdo. 57 (vid. *supra* lo dicho en la nota 29). Con posterioridad, en la Sentencia de 24 de marzo de 2009, *as. Danske Slagterier*, C-445/06, aptdos. 37 a 39, ha reiterado que no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea imputable al Estado; la declaración de incumplimiento será un elemento determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple el requisito de que la violación del Derecho de la Unión esté suficientemente caracterizada y los derechos a favor de los particulares no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar contra de un Estado miembro, ni de que el Tribunal de Justicia dicte una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento; por tanto, «un particular puede presentar una demanda de indemnización conforme a los procedimientos previstos a tal efecto por el Derecho nacional sin tener que esperar a que se dicte una sentencia que declare la infracción del Derecho comunitario por parte del Estado miembro». Congruente con ello «el hecho de que la interposición de un recurso por incumplimiento no produzca el efecto de interrumpir o de suspender el plazo de prescripción no hace imposible o excesivamente difícil el ejercicio por el justiciable de los derechos que le confiere el Derecho comunitario».

(132) *Vid.*, en el mismo sentido RUIZ LÓPEZ, M. A., en «Problemas de concordancia del régimen interno...», cit., pp. 2801-2802.

(133) Así, GUICHOT REINA, E., en «La responsabilidad del Estado legislador...», cit. p. 96 interpreta, con acierto que «el legislador nacional ha optado por un mecanismo adicional de reapertura del plazo para reclamar desde que el TJUE dicta sentencia que pone de manifiesto la disconformidad de la ley española con el Derecho de la Unión, al que pueden acogerse aquéllos que trataron sin éxito de hacer valer esta disconformidad ante los tribunales nacionales, Interpretada así, la previsión sí adquiere sentido, pues posibilita que obtengan indemnización aquéllos que trataron de hacer [valer] sus derechos y no lo consiguieron por un error en la apreciación judicial acerca de la compatibilidad del Derecho nacional y el Derecho de la Unión (y ni siquiera plantearon la cuestión ante el TJUE, aplicando incorrectamente la doctrina del acto claro), sin que pueda oponérseles el principio de cosa juzgada».

y, por lo tanto, en último término ante los tribunales nacionales (134); siendo éstos, por tanto, los que deben decidir, como presupuesto previo para otorgar la indemnización, si se ha producido (o no) un incumplimiento del Derecho de la Unión, todo ello sin perjuicio de la solicitud que pueden formular al Tribunal de Justicia, vía cuestión prejudicial, para que les clarifique también si se ha producido este extremo (*sub specie* violación suficientemente caracterizada, que es el concepto que a él le cumple interpretar) (135). Como en tantas ocasiones ha dicho el Tribunal de Justicia, «corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si se reúnen o no los requisitos para que los Estados incurran en responsabilidad derivada de la violación del Derecho» de la Unión Europea (136).

Pero, si se formula una solicitud autónoma, con fundamento en que existe una jurisprudencia del Tribunal de Justicia (que bien puede estar referida a normas de otros Estados) de la que se deduzca el incumplimiento de la norma española, el plazo del año contará a partir del acto aplicativo productor del daño y no podrá inadmitirse ni desestimarse por la inexistencia de una sentencia previa de Luxemburgo dictada para el caso español. Dicho de otra manera, la exigencia del artículo 34.5 LRJSP de que la norma haya sido «declarada contraria al Derecho de la Unión Europea» no puede interpretarse solo y en su literalidad como la inexcusable existencia de una sentencia previa del Tribunal de Justicia referida, en tal sentido, a la norma española, precisamente; sino que también puede contenerse –como su presupuesto básico– en la propia sentencia del Tribunal español (contencioso-administrativo) que estima la pretensión indemnizatoria ya que, para hacerlo, ha debido declarar previamente contraria al Derecho de la Unión Europea la española aplicada.

También se establece la necesidad de haber «obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada» (art. 32.5 LRJSP). Esta exigencia, que se presenta como idéntica a la requerida para el caso de las leyes inconstitucionales, ofrece los dos problemas comunes a los señalados para el caso anterior –esto

(134) «En efecto, a falta de una normativa comunitaria [inexistente entonces y también ahora], corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario», se dirá ya en la *S. Francovich*, cit. aptdo. 41.

(135) Téngase en cuenta que, cuando los tribunales estatales le plantean al Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial –que, como es harto conocido, requiere que se determine no solo el régimen normativo en el que se inscribe el pleito *a quo* sino su «contexto fáctico», con explicación de los supuestos de hecho en los que se basa tal cuestión– en muchas ocasiones éste se ha sentido suficientemente ilustrado con respecto a las circunstancias concretas del caso y, en consecuencia, ha entrado de lleno a decidir, también, si se había producido o no el incumplimiento (cualificado como manifiesto y grave, en su construcción) del Derecho de la Unión por parte de algún órgano o institución estatal. Así, para negarlo, por ejemplo en la Sentencia de 26 de marzo de 1996, *as. British Telecommunications*, C-392/93, aptdo. 41; la Sentencia de 13 de octubre de 1996, *as. Denkavit*, C-283, 291 y 292/94, aptdo. 49; la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, *as. Brinkmann*, C-319/96, aptdo. 33; o la *S. Köbler*, cit. aptdo. 126. En cambio, para constatar su existencia, *vid.* por ejemplo, la Sentencia 25 de noviembre de 2010, *as. Günter FuB*, C-429/09, aptdo. 58, y la Sentencia de 25 de abril de 2013, *as. Thomas Hogan*, C-398/11, aptdo. 53, entre otras muchas.

(136) *Vid.*, así, desde los más iniciales pronunciamientos, como son la *S. Denkavit*, cit. aptdo. 49 o la *S. British Telecommunications*, cit., aptdo. 41, hasta otros más recientes, como son la Sentencia de 19 de junio de 2014, *as. Specht*, C- 501, 506, 540 y 541/12, aptdo. 100, o la Sentencia de 3 de septiembre de 2014, *as. X*, C-318/13, aptdo. 43.

es, que no se necesite aplicación alguna para producir efectos o que éstos no surjan a través de actuaciones administrativas— y debe interpretarse de conformidad con lo que se acaba de decir, es decir que el plazo se reabre también cuando ha existido una sentencia del Tribunal de Luxemburgo que, interpretando y/o aplicando el Derecho de la Unión Europea (vía cuestión prejudicial o recurso por incumplimiento), su doctrina sea aplicable al ordenamiento español. En cualquier caso, recuérdese que el Tribunal Contencioso-Administrativo ante el que se plantee la demanda de indemnización siempre podrá solicitar el concurso del Tribunal de Luxemburgo, vía cuestión prejudicial, con lo que, en principio, las dudas que pudiera haber al respecto se disiparán definitivamente.

Además, tenemos la misma limitación material ya conocida, como es que la indemnizabilidad se construye a los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa (art. 34.1 LRJSP).

La mayor novedad se ha considerado que viene con la exigencia de que, además de lo anterior, se cumplan *todos* los requisitos siguientes: a) que la norma del Derecho Europeo infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares; b) que el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea esté suficientemente caracterizado; y c) que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño ocasionado. Nada que objetar, desde un punto de vista abstracto, a estos tres requisitos, que están directamente tomados del acervo jurisprudencial luxemburgués. La dificultad de su encaje surge porque son exigencias que no están, en absoluto, establecidas para el supuesto de leyes inconstitucionales, como acabamos de ver. Pero este punto lo abordaremos en el apartado siguiente.

Nos queda por resolver el dilema ya apuntado de cuál será el régimen indemnizatorio en el caso de los daños producidos por un reglamento contrario al Derecho de la Unión Europea, si el «general» de la responsabilidad administrativa del artículo 32.1 LRJSP o el «especial» y más restringido del artículo 32.5 LRJSP. Dicho de otra manera, ¿habremos de estar a lo dispuesto para *cualquier* reglamento anulado (en esta hipótesis, por su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea) (137) o a los requisitos específicos establecidos para una norma contraria al ordenamiento supranacional? Las razones a favor de una u otra opción interpretativa podemos sintetizarlas de la siguiente manera.

Para considerar que este supuesto está regulado por el sistema específico de responsabilidad patrimonial establecido para el Estado legislador podemos argumentar una interpretación literalista del precepto, considerando la referencia contenida en el apartado 5 a «una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea» como *lex specialis* con respecto a la referencia a la «anulación... por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de... disposiciones administrativas» en el apartado 1 de este mismo artículo 32 LRJSP. E incluso podría considerarse más coherente con la intencionalidad del legislador, que parece clara en favor de una restricción del sistema indemnizatorio por esta causa.

(137) Recuérdese que el Tribunal Supremo tiene una muy asentada jurisprudencia en la que considera que éste es también un supuesto más de nulidad de pleno derecho de la disposición reglamentaria (*vid.* lo recogido *supra* en la nota 88 y texto correspondiente).

Para considerar, por el contrario, que este supuesto está regulado por el sistema ordinario de responsabilidad administrativa *stricto sensu* tenemos, en primer lugar, la coherencia del sistema, ya que lo contrario supone fraccionar los efectos o las consecuencias de los reglamentos declarados nulos según que lo hayan sido por su ilegalidad o por su contradicción con el Derecho europeo (138) (llevándose la peor parte este último supuesto). Además, en el artículo 32.1 LRJSP no se efectúa salvedad o «aviso» alguno al respecto (en el sentido de que quedasen excluidos los reglamentos ilegales comprendidos en el art. 32.5 LRJSP). También hay que tener en cuenta que toda la construcción del artículo 32.5 LRJSP se ha efectuado siempre a partir de normas con rango de ley incompatibles con el Derecho de la Unión Europea, como ya hemos visto, y en ningún caso se ha considerado el supuesto de las disposiciones reglamentarias; es más, en el Preámbulo de esta ley (con el valor hermenéutico que ello pueda tener), la escueta referencia al tema que nos ocupa se limita a destacar «los cambios introducidos en la regulación de la denominada “responsabilidad patrimonial del Estado Legislador” por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de *Leyes* declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea» (la cursiva está añadida). Finalmente, porque el sistema general resulta más adecuado, por menos restrictivo, que el específico, con lo que resulta más acorde con las exigencias del Derecho de la Unión Europea, en los términos que ya hemos visto.

Vistas ambas posiciones, parecen indudablemente más fuertes los segundos argumentos que los primeros, razón por la que aquí se propone que los reglamentos contrarios al Derecho de la Unión Europea sigan el régimen general de cualquier disposición administrativa ilegal, en lo que respecta a su sistema indemnizatorio.

C. Reflexiones conclusivas sobre este doble régimen legal indemnizatorio

Frente a lo que postulamos algunos, el legislador español ha decidido, con plena consciencia, establecer un régimen indemnizatorio diferenciado para las leyes inconstitucionales y para las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. Ha unificado los requisitos procedimentales para el ejercicio de la acción indemnizatoria, endureciéndolos para los dos casos –con lo que ahora, ante el Derecho de la Unión Europea, igual tenemos también problemas con el principio de efectividad–, pero ha establecido una muy sensible diferencia en cuanto a los requisitos materiales o de fondo.

En efecto, por lo que se refiere a las leyes incompatibles con el Derecho de la Unión Europea, la ley ha incorporado directamente los tres clásicos requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia. Dejando ahora a un lado el de la causalidad directa (139) –pues la exigencia de causalidad ha de entenderse implícita

(138) Cuando bien sabemos que, para el Tribunal Supremo, en cuanto a su invalidez, ambas causas deben producir exactamente idénticos efectos, puesto que la vulneración del ordenamiento de la Unión por un reglamento «ha de tener el mismo efecto que la vulneración de normas estatales, en orden a estimar los recursos contencioso-administrativos que contra aquéllos se deduzcan» (como ha dicho en la STS de 10 de diciembre de 2002 citada en la nota 88).

(139) Sobre su conceptualización por el Tribunal de Luxemburgo puede verse GUICHOT REINA, E., «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», cit. pp. 453 y ss.; y COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, cit. pp. 112 y ss. Sobre la relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual

también para las leyes inconstitucionales (140)–, las dificultades se encuentran en los otros dos.

Así, por lo que afecta a que la norma del ordenamiento europeo que haya sido conculcada «ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares» (141), vemos una clara diferencia con lo dispuesto para las leyes inconstitucionales (donde no se exige requisito alguno) y, sobre todo, con la praxis seguida por el Tribunal Supremo para este supuesto, en la que ya hemos visto que no hay asomo alguno de requisito parecido. Es más, si recordamos algunos supuestos en los que se ha otorgado la indemnización, vemos que la inconstitucionalidad de la ley traía causa no de la regulación material en ella contenida incompatible con la Constitución sino de su inclusión en un tipo de norma legal inadecuado: en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (142) o en un Decreto-Ley (143), como hemos visto. Y, a estos efectos, parece claro que ni el artículo 134 CE ni el artículo 86.1 CE tienen por objeto conferir derechos a los particulares.

Pero la diferencia que ha resultado más evidente es la inclusión del requisito de que la violación o conculcación del ordenamiento europeo, por parte de la ley, esté suficientemente caracterizada. No hay nada semejante a este requisito –que, como sabemos, permite la existencia de incumplimientos que, por no ser manifiestos o graves, no conllevan la obligación de indemnizar por los daños que hayan producido– en el caso de las leyes inconstitucionales: ni en la regulación establecida en esta ley ni en la inveterada interpretación del Tribunal Supremo (que, además, es perfectamente consciente de esta diferencia, como ya hemos visto, pero que considera acertado mantener por la inexistencia de similitud entre un caso y otro) (144).

La conclusión que se puede sacar es, entonces, bastante nítida: los requisitos procedimentales se han parificado (con lo que no hay ningún problema desde el punto de vista del principio de equivalencia), pero la diferencia es destacada en cuanto a los requisitos materiales, siempre en detrimento de las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea.

Conviene precisar, en todo caso, que esto no tenía que ser ineluctablemente así. Por un lado –en la postura que aquí se mantiene–, la responsabilidad por leyes inconstitucionales no tiene (constitucionalmente) que ser tan amplia como la ha configurado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, cuyos efectos intenta ahora

tual, el esfuerzo de razonamiento más extenso lo encontramos en una resolución del Tribunal General referida a una solicitud de indemnización a la Comisión (en un trágico asunto de asesinato de un funcionario de la Unión Europea), como es su Sentencia de 7 de diciembre de 2017, *as. Missir Mamachi c. Comisión*, T-401/11P-RENV-RX, apdos. 64 y ss.

(140) No obstante lo cual, GUICHOT REINA, E., «La responsabilidad del Estado legislador...», cit. p. 94, en nota, precisa que la jurisprudencia del Tribunal Supremo acoge la teoría de la causalidad «adecuada», aunque lo «cierto es que esta distinción no ha jugado ningún papel en materia de responsabilidad del legislador».

(141) Para mayores precisiones sobre el alcance de este requisito en el ordenamiento europeo, valga la remisión a GUICHOT REINA, E., «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», cit. pp. 444 y ss.

(142) Como era el caso de la saga de sentencias iniciadas con la STS de 17 de julio de 2003 citada en la nota 101.

(143) Así, el grupo de sentencias que comienza con la STS de 2 de junio de 2010 citada en la nota 103.

(144) *Vid. supra*, los textos recogidos de las citadas SSTs de 22 de septiembre de 2014 en la nota 83 y de 3 y 5 de octubre de 2017 en la nota 92.

minimizar el legislador con los requisitos procesales establecidos. Y, por otro lado –esto es, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea– lo único que se exige es que, sin desfigurar el principio de la responsabilidad patrimonial por su incumplimiento, los requisitos formales y materiales para la indemnización sean similares (cosa que, como hemos visto, tampoco se ha conseguido en cuanto a los segundos). Pero bien se podía haber regulado (145) la responsabilidad por leyes inconstitucionales con alguna restricción o «válvula de seguridad» como la apuntada por el Tribunal Supremo cuando ha señalado que la gravedad de la infracción de la Constitución solo excepcionalmente es relevante a efectos indemnizatorios (146), haciendo así equivalente la violación suficientemente caracterizada con una infracción grave de la Constitución; y, además, haber precisado que tal inconstitucionalidad debía recaer sobre algún precepto constitucional destinado a conferir derechos a los particulares. Esto habría limitado también, indudablemente, la construcción del Tribunal Supremo sobre la indemnizabilidad por leyes inconstitucionales; pero, desde el punto de vista que aquí interesa, esto es, el del Derecho de la Unión Europea, no habría presentado problema alguno. En cambio, la actual regulación sí que establece diferencias difícilmente justificables desde el ordenamiento supranacional.

Dicho lo anterior, tampoco podemos dar por terminadas esas reflexiones pues, si bien es verdad que el legislador ha dejado claro lo que quería y que esto (en cuanto a los requisitos sustanciales) va en la línea con lo interpretado y aplicado por el Tribunal Supremo para el caso de leyes incompatibles con del Derecho de la Unión Europea, siempre es posible que esta reciente intervención de nuestro legislador acabe siendo enjuiciada en Luxemburgo. En efecto, las dificultades de encaje de esta regulación –como ha sido puesto de manifiesto por alguna doctrina y aquí se mantiene– podrían suscitar la intervención aclaratoria de aquél en vía prejudicial. Hoy puede parecer una tanto alejado de la realidad que nuestra Sala Tercera ponga en duda su actuación al respecto, pero recuérdese que así sucedió en cuanto a los aspectos procedimentales, llegando a producirse la *S. Transportes Urbanos*, que le hizo cambiar su interpretación (147). Y, en cualquier caso, también cabe, como hipótesis, que una Sala de lo Contencioso-Administrativo de algún Tribunal Superior de Justicia que tuviese que resolver una demanda de indemnización basada en una ley autonómica contraria al Derecho de la Unión Europea y dirigida contra el Consejo de Gobierno autonómico respectivo (148), cuestionase esta regulación vía cuestión prejudicial; en cuyo caso la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia resultará vinculante también para el Tribunal Supremo.

Finalmente, también hay que señalar que hace ya unos meses que han comenzado a aparecer diversas noticias relativas a que la Comisión estaría considerando

(145) Como me permití proponer en COBREROS MENDAZONA, E., en «La exigibilidad del requisito...», cit. pp. 58 y 59 y en *Responsabilidad patrimonial del Estado...* cit. p. 238.

(146) En las Sentencias de 22 de septiembre de 2014, cit. en la nota 83, aunque –se insiste– sin haber aplicado esta excepción a caso alguno hasta la fecha.

(147) *Vid. supra* aptdo. V. Recuérdese que la interpretación del Tribunal Supremo fue muy firme durante bastantes años, hasta que decidió autocuestionársela.

(148) Artículo 92 LPAC.

la apertura de un expediente por incumplimiento contra España, debido precisamente a esta reciente regulación (149).

No se puede descartar entonces que, por cualquiera de ambos cauces –esto es, por vía incidental o por recurso directo de incumplimiento–, pueda acabar desautorizada esta intervención de nuestro legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., «Treinta años de *ius publicum commune* europeo en España», en *RAP* núm. 200, 2016.
- COBREROS MENDAZONA, E., «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», en *RVAP*, núm. 87-88, 2010.
- «Obligación de indemnizar por la aplicación de una Ley contraria al Derecho de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 49, 2014.
- *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel. Madrid, 2015.
- «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en *RAP* núm. 196, 2015.
- «Los efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *RVAP* núm. 105, 2016.
- «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia *Ferreira da Silva*», en *REDE* núm. 58, 2016.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., en *Sistema de Derecho Administrativo II*. Civitas Madrid, 3.^a edic., 2016.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por Sentencia firme?», en *RAP* núm. 205, 2018.

(149) Las primeras aparecieron en el *Diario del Derecho*, de Iustel, los días 15 («Bruselas insta a España a reforzar la responsabilidad del Estado frente a violaciones del derecho europeo») y 20 («Bruselas expedienta a España por la ley que dificulta las indemnizaciones por infracciones del derecho europeo») de junio de 2016. La más reciente está tomada de la *Hoja Informativa de la Comisión Europea*, de 25 de enero de 2018 y comunica textualmente que: «La Comisión ha decidido hoy enviar un dictamen motivado a España debido a que las normas de este país incumplen los principios de equivalencia y/o de efectividad. Las actuales disposiciones nacionales sobre el régimen jurídico y sobre los procedimientos administrativos comunes para el sector público limitan la autonomía procesal y material de los Estados miembros en relación con las condiciones que rigen las indemnizaciones por daños causados por actos legislativos. La legislación española ha establecido condiciones menos favorables en lo relativo a la responsabilidad por una infracción de la legislación de la UE que por la responsabilidad debida a una infracción de la Constitución española. Además, contiene condiciones de procedimiento que no son acordes con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la UE. Las disposiciones nacionales en cuestión hacen que sea excesivamente difícil comprometer la responsabilidad del Estado por una infracción de la legislación de la UE, lo que tiene una repercusión negativa en la efectividad del Derecho de la UE. La Comisión incoó un procedimiento de infracción enviando una carta de emplazamiento a las autoridades españolas en junio de 2017. España dispone de dos meses para responder a los argumentos planteados por la Comisión; de lo contrario, la Comisión podría tomar la decisión de llevar el asunto ante el Tribunal de Justicia de la UE».

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos», en la obra colectiva, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Civitas. Madrid, 1986, vol. I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Civitas. Madrid, 18.^a edic. 2017.
- GONZÁLEZ ALONSO, A., «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», en *REDC* núm. 106, 2016.
- GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en la obra colectiva dirigida por Beneyto y coordinada por Maillo y Becerril, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor, tomo V, 2012.
- «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», en *REDE* núm. 60, 2016.
- MAURANDI GUILLÉN, N., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la responsabilidad del Estado legislador por violaciones del ordenamiento europeo. Su plena incorporación a la jurisprudencia española en las Sentencias de 17 de septiembre de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recursos 373/3006, 149/2007, 153/2007)», en AA. VV., coordinadores García de Enterría y Alonso García, *Administración y Justicia. (Un análisis jurisprudencial). Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas, Madrid, 2012, vol. II.
- PLAZA MARTÍN, C., «Un viaje de ida y vuelta en Transportes Urbanos: Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y principio de equivalencia. (Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2010 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2010)», en la obra colectiva dirigida por García de Enterría y Alonso García *Administración y Justicia. (Un análisis jurisprudencial). Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas. Madrid, 2012, vol. II.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario: ¿punto final?», en *Diario La Ley* núm. 8424, de 19 de noviembre de 2014.
- RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M., ««Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», en *REDE* núm. 38, 2011.
- RUIZ LÓPEZ, M. A., «Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en la obra colectiva, coordinada por J. M. Baño León, *Memorial para la reforma del estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC. Madrid, 2016, vol. III.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Reformas incompletas, proyectos de futuro: el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común», en *Asamblea* núm. 34, 2016.
- SCHOCKWEILER, F., «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», en *RTDE* núm. 1, 1992.
- XIOL RÍOS, J. A., «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo», en la obra colectiva coordinada por Moreno Martínez *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Dykinson, Madrid, 2007.