

# 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

EMILIO GUICHOT

Catedrático de Derecho administrativo  
Universidad de Sevilla

Revista Española de Derecho Europeo 60  
Octubre-Diciembre 2016  
Págs. 49-101

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN. 1. *Un principio de creación jurisprudencial. 2. Un régimen sustantivo basado en la exigencia de una infracción inexcusable del Derecho de la Unión sometido a los principios de equivalencia y efectividad. 2.1. De la mera ilegalidad a la ilegalidad cualificada, que debe apreciarse en función del margen de apreciación efectivamente existente. 2.2. La vulneración de una norma que tenga por objeto atribuir derechos y relación de causalidad. 2.3. La relación de causalidad. 3. Un régimen procesal sin regulación comunitaria pero sometido a los principios de equivalencia y efectividad. 4. Recapitulación y valoración.* II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 1. *La construcción por el Tribunal Supremo del régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales. 2. La condición de «reclamaciones semejantes» de las acciones de responsabilidad del legislador en el derecho comunitario y en el derecho interno a los efectos de la aplicación del principio de equivalencia. Su aplicación a las condiciones procesales: la reticencia inicial y la rectificación tras la sentencia transportes urbanos. 3. La condición de «reclamaciones semejantes» de las acciones de responsabilidad del legislador en el Derecho comunitario y en el Derecho interno a los efectos de la aplicación del principio de equivalencia. Su aplicación a las condiciones sustantivas: La admisión inicial y la renuncia ulterior incluso tras la sentencia transportes urbanos. 4. Recapitulación y valoración.* III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEY 40/2015 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD. 1. *El contenido de la nueva regulación. 2. Valoración crítica. 2.1. Régimen sustantivo y principio de equivalencia. 2.2. Régimen procesal y principio de efectividad.*

**RESUMEN:** En este trabajo se analiza de forma crítica a la luz de los principios de equivalencia y efectividad cuál ha sido la interpretación del principio de responsabilidad del legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea llevada a cabo por el poder legislativo y judicial en España. En primer lugar, se aborda cuál ha sido el fundamento del principio de responsabilidad estatal manejado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y cuál es su régimen sustantivo y procesal, sometido a los citados principios, siendo por ello un régimen de mínimos en cuanto a las condiciones sustantivas de la responsabilidad. A continuación se examina cómo ha sido aplicado el principio de responsabilidad del legislador por infracción del Derecho comunitario por el Tribunal Supremo de España. Se ha mostrado contrario a aplicar el principio de equivalencia con el generoso régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales por él alumbrado. Finalmente lo ha hecho respecto de las condiciones procesales, tras una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha interpretado que procede la equiparación, pero sigue negándose a aplicarlo también a las condiciones sustantivas. Por último, se da cuenta de la regulación legal de la responsabilidad del legislador por infracción del Derecho comunitario introducida por la Ley 40/2015 y se valora críticamente a la luz de los principios de equivalencia y efectividad.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad de los Estados por infracción derecho de la Unión Europea – Principio de equivalencia – Principio de efectividad – Responsabilidad del legislador – España.

**Fecha de recepción:** 01/09/2016

**Fecha de aceptación:** 12/09/2016

**ABSTRACT:** This paper analyses the judicial and legislative interpretation of the principle of liability derived from the application by the national authorities of national laws opposed to EU law. The principle of State responsibility managed by the Court of Justice of the European Union as a minimum standard is subject to the principles of equivalence and effectiveness. The paper examines how the principle of liability of the legislator for breach of Community law is being applied by the Spanish Supreme Court. The Supreme Court is reluctant to applying the principle of equivalence with the generous regime of responsibility for unconstitutional laws. Finally, it has done so with regard to procedural conditions, but it still refuses to apply it also to the substantive conditions. The paper also analyses the new legal regulation of the responsibility of the legislator for infringement of the Community law introduced by Law 40/2015 and it concludes that it is opposed to the EU law in the light of the principles of equivalence and effectiveness.

**KEY WORDS:** Responsibility of states for breach of eu law – Principle of equivalence – Principle of effectiveness responsibility of the legislator – Spain.

En este trabajo analizo de forma crítica a la luz de los principios de equivalencia y efectividad cuál ha sido la interpretación del principio de responsabilidad del legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea llevada a cabo por el poder legislativo y judicial en España.

En primer lugar, abordo cuál ha sido el fundamento del principio de responsabilidad estatal manejado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y cuál es

su régimen sustantivo y procesal, sometido a los citados principios. A continuación examino cómo ha sido aplicado el principio de responsabilidad del legislador por infracción del Derecho comunitario por el Tribunal Supremo de España. Como se verá, se ha mostrado renuente a aplicar el principio de equivalencia con el generoso régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales por él alumbrado. Finalmente, tras una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha interpretado que procede la equiparación, lo ha hecho respecto de las condiciones procesales, pero sigue negándose a aplicarlo también a las condiciones sustantivas. Por último, doy cuenta de la regulación legal de la responsabilidad del legislador por infracción del Derecho comunitario introducida por la Ley 40/2015 y la valoro críticamente a la luz de los principios de equivalencia y efectividad.

## I. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

### 1. UN PRINCIPIO DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL

Ningún precepto de los Tratados ni de norma alguna de Derecho derivado contempla expresamente el derecho de los ciudadanos (y la consiguiente obligación de los Estados) de indemnizar los daños provocados por una vulneración de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea.

En efecto, el principio de responsabilidad de los Estados ha sido el resultado de una construcción jurídica por parte del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Su lucha contra la inmunidad estatal y en pro de la efectividad de los derechos de los ciudadanos comenzó con afirmaciones cada vez más diáfanas de la obligación de los Estados reparar los daños causados por la aplicación de medidas nacionales declaradas contrarias al Derecho de la Unión<sup>1</sup>, que, sin embargo, no vinieron seguidas de consecuencias

---

1. Comenzó ya en 1960 apuntando que una declaración de incumplimiento tenía entre otras consecuencias la obligación de los Estados de «reparar los efectos ilícitos que hayan podido producirse» (STJUE de 16 de diciembre de 1960, *Jean-E. Humblet*, Asunto 6/60). Continuó en los setenta, sosteniendo, con el apoyo expreso de la Comisión, que puede haber interés en que se dicte sentencia en un recurso por incumplimiento, aun en los casos en que el Estado hubiera puesto fin a la infracción una vez iniciada la fase judicial, interés que residiría en que, precisamente, una declaración de incumplimiento puede servir de base para una ulterior acción de responsabilidad dirigida contra el Estado incumplidor (STJUE de 7 de febrero de 1973, Comisión contra Italia, Asunto 39/72); y, en el marco de cuestiones prejudiciales, que «[...] en el supuesto que se hubiera causado un perjuicio a un individuo como consecuencia de una actuación de un Estado miembro incompatible con la organización común de mercado, correspondería al Estado asumir las consecuencias, frente a la persona perjudicada, en el marco de las disposiciones de Derecho nacional relativas a la responsabilidad del Estado» (STJUE de 22 de enero de 1976, *Carmine Antonio Russo*, Asunto 60/75); y sugiriendo al Consejo la aprobación de una normativa que regulara el sistema de responsabilidad de los Estados (Boletín C.E., Suplemento 9/75), cuya aplicación correspondería a las jurisdicciones nacionales, sugerencia que no encontró eco. En 1990, el año inmediatamente anterior a su pronunciamiento terminante en la Sentencia *Franovich/Bonifaci*, el TUCE parece estar cerrando el cerco. Llega a afirmar que un principio contenido en una Directiva

en los tribunales nacionales, huérfanas como estaban de un régimen material y procedimental. La cuestión era trascendental, en especial, respecto de las leyes nacionales que infringen el Derecho comunitario, habida cuenta la inexistencia general de un principio de responsabilidad por leyes inconstitucionales en los Derechos nacionales<sup>2</sup>.

El reconocimiento definitivo del principio de responsabilidad estatal vino anudado al incumplimiento de la obligación de adaptar la normativa interna a los resultados prescritos por una directiva comunitaria. Se trata de la ya clásica Sentencia *Francovich*<sup>3</sup>. Pese a la oposición de algunos Estados personados<sup>4</sup>, el TJUE estable-

---

de efecto directo puede ser invocado «para obtener daños y perjuicios» (STJUE de 12 de julio de 1990, Foster, Asunto C-188/89). He analizado con detalle estos precedentes en *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 452-458.

2. No obstante, en los noventa, cuando se planteó ya de forma directa el debate acerca del reconocimiento en el Derecho comunitario del principio de responsabilidad de los Estados, las partes y por los Abogados generales manejaron estos precedentes. En concreto, los Abogados generales vinieron a coincidir en su valor global como prueba del reconocimiento de dicho principio de responsabilidad. Por todos, TESAURO en sus Conclusiones a *Brasserie du pechêur/Factortame*, para quien de los precedentes cabía deducir que la solución inequívoca afirmada en la Sentencia *Francovich/Bonifaci* era sólo «la respuesta más precisa en la materia».
3. Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich* y otros, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357. El Asunto trae causa del prolongado incumplimiento por parte de Italia de la obligación de transponer en plazo una Directiva comunitaria relativa a la protección salarial de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. El incumplimiento era particularmente palmario, pues se había prolongado por más de ocho años y ya había sido constatado por el propio TJUE más de dos años antes, sin recibir aun así corrección alguna. Un tribunal nacional plantea si la Directiva en cuestión tiene efecto directo y, en caso negativo, si el Derecho comunitario impone el principio de responsabilidad de los Estados. El TJUE descarta el efecto directo. Juzga que los beneficiarios están determinados; y que el alcance de la protección puede fijarse, al menos en su contenido mínimo. Sin embargo, la determinación de la institución, pública o privada, que haya de financiar dicha garantía queda a la libre determinación estatal. A la postre, viene a significarse si la Directiva hubiera identificado al Estado como único posible deudor, sí gozaría de efecto directo. Pero permite atribuir la garantía a un sujeto privado, en cuyo caso no cabe reconocer efecto directo horizontal. Ante la indeterminación, el TJUE no puede sustituir la libertad otorgada por la Directiva a los Estados. De este modo, ha de pronunciarse acerca del principio de responsabilidad, que se constituye en este caso en la única alternativa capaz de brindar protección patrimonial a los afectados, a diferencia de lo que había ocurrido dos años antes en la Sentencia de 13 de julio de 1989, *Enichem Base* y otros, Asunto 380/87, Rec. p. 2491. En aquel caso, un juez italiano había formulado la cuestión acerca de si, según el Derecho Comunitario, la Administración estaba obligada a reparar el daño cuando un acto administrativo ilegal lesiona un derecho subjetivo comunitario que se presenta, tras su transposición en el ordenamiento jurídico italiano, como un interés legítimo. La cuestión, habida cuenta de la respuesta a las cuestiones previas, quedó sin respuesta por la innecesariedad de su resolución para decidir el caso concreto.
4. Así, para los gobiernos británico, neerlandés y alemán, la posibilidad de exigir la responsabilidad estatal dependía del Derecho interno, a falta de normativa comunitaria.

ció ya en ella con toda rotundidad el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados frente a los particulares por infracción del Derecho comunitario<sup>5</sup>.

Ante la ausencia de previsión normativa en los Tratados o en el Derecho derivado, fundamentó esta afirmación en el propio concepto de «derecho»: la garantía indemnizatoria deriva, para el TJUE, de la lógica jurídica del sistema comunitario, como necesario complemento de los derechos que a los particulares confiere dicho ordenamiento. Otorgamiento de un derecho y garantía de su reintegración patrimonial en caso de incumplimiento se presentan, de este modo, como las dos caras de la misma moneda. No obstante, también le unió una fundamentación basada en la garantía de la plena eficacia de las normas. Digamos, anudó así una fundamentación de protección del «sistema» y otra de protección del «individuo»<sup>6</sup>.

5. «El Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables» (apartado 37).
6. La importancia de su pronunciamiento bien merece su reproducción literal (apartados 31 a 37): «Debe señalarse, en primer lugar, que el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (y trae a colación su jurisprudencia más esencial, dictada en los Asuntos *Van Gend en Loos* y *Costa* [Sentencias de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62, Rec. p. 3; y de 15 de julio de 1964, Asunto 6/64, Rec. p. 1141]). Procede recordar también que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (en este caso la remisión se hace a los igualmente fundamentales pronunciamientos *Simmenthal* y *Factortame* [Sentencias de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77, Rec. p. 629; y de 19 de junio de 1990, Asunto C-213/89, Rec. p. I-2433]). Hay que señalar que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro. 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. De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario es inherente al sistema del Tratado. La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de *eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario* [En este punto la remisión se hacía al pronunciamiento dentro del marco CECA, llevado a cabo en la

La trascendencia de dicho pronunciamiento, formulado de forma general, acompañado de una sólida fundamentación y de una primera determinación del régimen de fondo fue desde el principio evidente, y quedó reflejada en el eco que encontraría en las jurisdicciones nacionales y en la doctrina. Hay una diferencia cualitativa, pues, entre la Sentencia *Francovich/Bonifaci* y sus precedentes que hemos reseñado. A partir de 1991, se sucederían las cuestiones prejudiciales que llevarían al TJUE a poner de manifiesto el alcance general del principio de responsabilidad estatal.

En los inmediatos años posteriores, aplicaría este mismo principio en asuntos con el mismo trasfondo de una omisión absoluta de transponer en plazo directivas carentes de efecto directo<sup>7</sup>. Cabía, pues, plantearse si el principio de responsabilidad era un remedio singular para dotar de cierta eficacia a las normas carentes de efecto directo. Mientras que, por el contrario, las normas con efecto directo al poder invocarse ante los tribunales nacionales y gozar de primacía sobre el Derecho interno, cualquiera que sea su rango, no precisan una protección añadida para que su efectividad quede garantizada<sup>8</sup>. O, si, por el contrario, el principio de responsabilidad rige en todo caso, con independencia de que la norma vulnerada tenga o no efecto directo<sup>9</sup>.

---

Sentencia *Humblet*]. De todo lo expuesto resulta que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables». Esta última argumentación se trata a nuestro juicio de un añadido innecesario dada la fundamentación realizada por el TJUE con carácter previo y extraída del propio sistema del Tratado.

7. Así, Sentencias de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, Asunto C-334/92, Rec. p. I-691; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, Asunto C-91-92, Rec. p. I-3349; de 7 de marzo de 1996, *Cristina Blázquez c. El Corte Inglés*, Asunto C-192/94, Rec. p. I-1281. En los dos últimos asuntos citados, ante la improcedencia de reconocer el efecto directo horizontal a las directivas en cuestión, el TJUE apunta *por su propia iniciativa* la alternativa ofrecida por el principio de responsabilidad. Este proceder muestra hasta qué punto está dispuesto a terminar con esta falla del sistema global de garantías, a través del principio de responsabilidad.
8. Era la postura defendida por determinados gobiernos personados (de Alemania, Irlanda y Países Bajos) y por cierta doctrina (bien que con cierta prudencia, entre nosotros, E. COBREROS MENDAZONA: «Si el desajuste se produce con respecto a una norma comunitaria de directa aplicación, en principio, la cuestión no deberá llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial, puesto que habrá de solucionarse con la utilización del conocido principio de primacía del Derecho comunitario, con la consecuencia ineluctable de ser éste el efectivamente aplicado, desplazando o sobreponiéndose a la norma nacional contraria». (*Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 92).
9. En este sentido se posicionan los Abogados generales que se enfrentan al tema en 1995. Puesto que la responsabilidad se funda en la garantía de la efectividad de los derechos, debe reconocerse con carácter general: en unos casos es el complemento del efecto directo; en otros, cuando las normas carecen de esa cualidad, es el único remedio alternativo posible. Para el Abogado general LEGER, en sus Conclusiones al Asunto *Lomas* el 20 de junio de 1995, la facultad de invocar las disposiciones del Tratado directamente aplicables es una garantía mínima que no basta para la aplicación plena y completa del Tratado. Es así que el principio de responsabilidad, reconocido en *Francovich/Bonifaci* respecto de una norma carente de efecto directo, había de ser aplicado *a fortiori* respecto de un derecho subjetivo conferido por las disposiciones de efecto directo, del

De la amplitud de la formulación del principio de responsabilidad parecía desprenderse su alcance general, esto es, aplicable respecto a cualquier autoridad nacional y tipo de infracción. En 1996, el TJUE lo confirmó en los Asuntos *Brasserie du pechêur/Factortame*<sup>10</sup>. En este caso se trataba de la responsabilidad del legislador nacional por vulneración de preceptos del Tratado de la Unión Europea dotados de efecto directo, nada menos que las libertades económicas comunitarias en relación con el principio de no discriminación por razón de de la nacionalidad. Considera que el efecto directo constituye sólo una garantía mínima, que puede resultar insuficiente en determinados casos. Por ello, el principio de responsabilidad ha de considerarse el «corolario necesario» del efecto directo.

El TJUE deja así definitivamente establecido el principio de responsabilidad y su alcance general, al afirmar que es de aplicación respecto de la vulneración de cualquier tipo de normas, tengan o no efecto directo; sea por acción o por omisión; y con independencia del poder público nacional del que provenga la infracción, incluido, pues, el poder legislativo<sup>11</sup>. Esta última afirmación se apoya en una triple

---

cual sería un corolario. Ello encontraba su apoyo en la propia fundamentación elaborada por el TJUE en su Sentencia de 1991, basada en la efectividad de los derechos, así como en otros precedentes jurisprudenciales y en la propia responsabilidad comunitaria. Esta visión coincidía con la del Abogado general TESAURO, en sus Conclusiones presentadas al Asunto *Brasserie du pechêur/Factortame* el 28 de noviembre de ese mismo año. Aludía igualmente a la admisión del principio *a fortiori*. En este sentido, añadía, «Francovich es el último (y no el primer) puerto al que puede arribar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». La anulación del acto o disposición nacional, apuntaba, no son siempre suficientes, necesitándose para el restablecimiento del equilibrio reparación, que no es sino exigencia de la efectividad de los derechos comunitarios. En definitiva, la responsabilidad sería un medio tanto «alternativo», respecto a las normas desprovistas de efecto directo –en relación a las que, consecuentemente, el TJUE había afirmado que era un principio «particularmente indispensable»– como «adicional», en el caso de las normas dotadas de efecto directo. Un sector doctrinal defiende esta posición. Así, entre nosotros, S. MUÑOZ MACHADO, en «La formación de un derecho común de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el sistema comunitario europeo (la Sentencia Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea)», *Estudios de Jurisprudencia, Revista COLEX*, 1992, pp. 33-46, p. 40; en «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo», *Documentación Administrativa*, 1994, pp. 105-138 y 135).

10. Sentencias de 5 de marzo de 1996, Asuntos acumulados C-46/93 y –48/93, Rec. I-1029.
11. Los Abogados generales, ya desde el propio MISCHO en sus Conclusiones al Asunto *Francovich/Bonifaci*, son concluyentes: el legislador también está sometido en el Derecho comunitario al principio de responsabilidad. Para el Abogado general MISCHO, el principio de irresponsabilidad del legislador común a la mayor parte de Derechos nacionales tenía un contexto totalmente diferente al propio de un asunto como *Francovich/Bonifaci*, en que se enjuiciaba la no adaptación en plazo de una Directiva al ordenamiento interno. En este contexto, existía una obligación de adoptar la norma; una gran precisión en su posible contenido; y un plazo vinculante. Hasta el punto que añadía, en el punto 47 de sus Conclusiones: «A mi juicio, no es excesivo decir que, por lo que respecta a la adaptación del Derecho interno a las Directivas, el legislador se encuentra en una situación parecida a la de la Administración encargada de ejecutar una Ley». TESAURO en sus Conclusiones a *Brasserie du pechêur/Factortame* coincidía en destacar que los términos del asunto eran bien diferentes a los que habían justificado en el pasado el dogma de la irresponsabilidad

fundamentación: a) La cualidad del autor del daño «no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario»; b) La obligación de reparar no puede depender de las normas internas de cada Estado sobre reparto de competencias entre los poderes constitucionales. Algo así iría en contra de la exigencia fundamental de aplicación uniforme del Derecho comunitario<sup>12</sup>; c) El principio de responsabilidad del Estado, entendido como un todo, se reconoce en el Derecho internacional<sup>13</sup>.

Con posterioridad, ha precisado que, si bien ante la Comunidad es el Estado el responsable del cumplimiento del Derecho comunitario, de cara al particular, el principio de responsabilidad no altera el reparto interno de competencias y funciones y por tanto, afecta también a los legisladores regionales<sup>14</sup>.

## 2. UN RÉGIMEN SUSTANTIVO BASADO EN LA EXIGENCIA DE UNA INFRACCIÓN INEXCUSABLE DEL DERECHO DE LA UNIÓN SOMETIDO A LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD

### 2.1. *De la mera ilegalidad a la ilegalidad cualificada, que debe apreciarse en función del margen de apreciación efectivamente existente*

En la Sentencia *Francovich* y aquéllas que le siguen hasta marzo de 1996 tienen como denominador común la puesta en cuestión de la responsabilidad de los Estados por incumplimiento de la obligación de transponer directivas. En todos los casos, el TJUE circunscribe los requisitos de la responsabilidad estatal a la infracción

---

del legislador, basado en la soberanía y en la legitimación democrática de un legislador no sometido en muchos Estados siquiera a control de constitucionalidad. Es más, señalaba en el punto 37 de sus Conclusiones que: «Cuando el legislador tiene límites nada se opone desde el punto de vista de la teoría jurídica general, a que deba indemnizar, pues su responsabilidad no es muy alejada ni distinta, desde el plano conceptual, de la responsabilidad de la administración por su actividad normativa, hoy ampliamente admitida». Estos elementos diferenciales, sumado a otros datos, como la existencia de casos de compensaciones por actos legislativos legítimos (expropiaciones y nacionales), y el reconocimiento del principio de responsabilidad del legislador por el Derecho internacional, pugnaban por la aplicación de dicho principio también respecto de los actos legislativos. Pero a todo ello se sumaba un razonamiento de principio propio del sistema comunitario y directamente tributario de la fundamentación de la propia responsabilidad de los Estados en la Sentencia *Francovich/Bonifaci*: los Estados han consentido la creación de un sistema comunitario en que las normas tienen primacía incluso sobre las leyes nacionales. Estas normas confieren derechos a los particulares que han de ser efectivos, con independencia de la identidad del sujeto estatal al que su incumplimiento sea imputable.

12. Apartados 32 y 33.
13. Se trata, a nuestro juicio, de un argumento «menor», *ad abundantiam*, extraída por el TJUE de una de las líneas argumentales acogidas en las Conclusiones del Abogado general y Catedrático de Derecho Internacional TESAURO, a la que hicimos alusión *supra*. Nótese no obstante que, como bien advertía el propio TESAURO, dicha responsabilidad se configura como interestatal.
14. En la Sentencia de 1 de junio de 1999, *Klaus Konle*, Asunto C-302/97, apartados 62 a 64.

de un derecho atribuido por la normativa comunitaria<sup>15</sup>. El sistema parece configurarse como un régimen de responsabilidad por mera ilegalidad («objetivo», en cuanto prescinde de la indagación en el grado de negligencia o culpa)<sup>16</sup>. En coherencia con su fundamentación, cuando una actuación (incluidas las acciones u omisiones legislativas) causa un daño, la efectividad del derecho lesionado exige su reparación.

No obstante, estos pronunciamientos contenían dos importantísimas matizaciones.

En primer lugar, que los requisitos necesarios «dependen de la naturaleza de la infracción».

En segundo lugar, que el TJUE no armonizaba plenamente el régimen de la responsabilidad, sino que se limita a fijar, en determinados aspectos, unos mínimos comunitarios. En efecto, afirmaba dos principios: en virtud del *principio de equivalencia*, el régimen de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario no puede ser sometido en un Estado miembro a condiciones *más severas* que las aplicadas respecto de reclamaciones semejantes de naturaleza interna; por aplicación del *principio de efectividad*, la garantía del particular ha de ser efectiva y no ilusoria<sup>17</sup>.

- 
15. «[...] la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos. El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de 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 la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario» (Sentencia *Franovich*, apartados 39 a 41).
  16. Así lo entiende la mayor parte de la doctrina. Como tal lo califican R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 22; o E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, *op. cit.*: «Se trata [...] de una responsabilidad de tipo objetivo, puesto que surge automáticamente cuando el Estado incumple el Derecho comunitario, produciendo con ello una lesión en los derechos de los particulares [...]» (p. 50) «[...] el sistema descansa sobre un incumplimiento de carácter objetivo, esto es, que sin necesidad de la demostración (o del juego de presunciones al respecto) de la existencia de culpa o negligencia alguna, el desencadenante lo constituye el dato de la inobservancia del Derecho comunitario» (p. 90). S. MUÑOZ MACHADO hablaba de «absoluto automatismo» en su aplicación (*La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo*, *op. cit.*, p. 112).
  17. «[...] el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario [...] 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

El régimen comunitario de responsabilidad se constituye así en un *estándar mínimo*. La garantía del particular puede verse fortalecida por el juego del principio de equivalencia respecto de *cada* régimen de responsabilidad pública nacional, siempre que se muestre más generoso respecto de infracciones semejantes. No existe, pues, un régimen único de responsabilidad de los poderes públicos por infracción del Derecho comunitario. A través del principio de equivalencia, los particulares gozarán de una mayor protección en la medida en que el correspondiente régimen nacional de responsabilidad sea más generoso<sup>18</sup>. Se garantiza así que en cada Estado los derechos comunitarios gocen, al menos, de la misma protección que los derivados del ordenamiento interno<sup>19</sup>. Queda por concretar cuáles son esas «reclamaciones semejantes»

---

reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización [...]» (apartados 42 y 43). El TJUE se remite expresamente a su pronunciamiento idéntico en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, Asunto 199/82, Rec. p. 3595 (apartado 12), en materia de reembolso de gravámenes percibidos por los Estados en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario.

18. Como ya advertía S. MUÑOZ MACHADO, «La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho comunitario europeo». Lección inaugural de la Escuela Libre de Derecho y Economía, 27 de abril de 1988, *Gaceta Jurídica de la CEE*, B-41, núm. 64, 1989, pp. 3-6, el Derecho comunitario admite esa «paradoja»: «[...] dado la desuniformidad de los sistemas de responsabilidad estatales es posible que se puedan obtener reparaciones en unos Estados y en otros no a cuenta de violaciones del Derecho comunitario de idéntica naturaleza. Por otra parte, dadas las peculiaridades de la construcción comunitaria de su propio sistema de responsabilidad (y mucho más atendiendo al cuidado con que el TJ maneja las declaraciones de indemnización, que son excepcionales) que una misma actuación lesiva, asumida por una institución comunitaria y por un Estado miembro, no sea condenada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en el primer caso y sí por los Tribunales internos en el segundo».
19. Al respecto, se ha ido extendiendo en algunos autores de la doctrina española una cierta duda sobre si el principio de equivalencia es de aplicación al régimen de fondo de la responsabilidad. Así, E. COBREROS (por todas, en *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015) o, siguiéndole, GONZÁLEZ ALONSO, A., «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 106, pp. 381-429 («No está del todo claro si el principio de equivalencia se proyecta solo sobre las vías o los cauces procedimentales a través de los cuales se articulan los derechos legítimos, o si debe extenderse también a los requisitos sustantivos o de fondo que condicionan el derecho a la indemnización»). Ciertamente, es una cuestión de palabras sin efectos prácticos, porque todos los autores convienen en admitir que la jurisprudencia comunitaria exige que se apliquen el régimen nacional si es más favorable. Pero no adivinamos cuál sea el origen de esta duda. Desde su sentencia *Francovich*, el TJUE aludió a esta regla, extraída de la jurisprudencia sobre devolución de cantidades indebidas, mencionado expresamente las condiciones «de fondo y de forma» (apartado 43: «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 y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil

a las que se remite el TJUE. La respuesta nos parece clara y así lo defendimos desde un primer momento<sup>20</sup>: si la violación del Derecho comunitario deriva de una ley, de un reglamento, de un acto administrativo, de un error o un mal funcionamiento de la Administración de justicia, etc., habrá de confrontarse el mínimo comunitario con el respectivo régimen nacional de responsabilidad derivada de cada uno de estos tipos de actos. El TJUE lo confirmaría dos décadas después, como veremos en el epígrafe II de este trabajo, respecto a la responsabilidad del legislador español por infracción del Derecho de la Unión.

El régimen sustantivo descrito contaba una objeción «comparativa» de peso: de generalizarse, se establecería un «doble rasero» respecto del régimen (mucho menos generoso) de responsabilidad de la Comunidad por actos normativos en un contexto de complejidad en la toma de decisiones. En efecto, la jurisprudencia mencionada alineaba la responsabilidad estatal con el régimen «general» de responsabilidad de la Comunidad (donde se exigía, igualmente, una mera ilegalidad generadora de un perjuicio) y no con la responsabilidad de ésta por sus actos normativos, en los que se exigía una ilegalidad manifiesta y grave, una «violación suficientemente caracterizada». La doctrina, incluso la favorable al régimen, no dejó de ponerlo de manifiesto<sup>21</sup>. No resulta en modo alguno extraño que las jurisdicciones nacionales,

---

obtener la indemnización»). Posteriormente, lo reiteró en *Brasserie*, ya eliminando, por innecesario, el binomio «de fondo y de forma» (apartado 67: «Como resulta de la sentencia *Francovich* y otros, antes citada, apartados 41 a 43, sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario cuando se cumplen los requisitos señalados en el apartado anterior, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no podrán ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización»). Esta fórmula se ha hecho ya ritual. Por si hubiera alguna duda sobre este aspecto, puede leerse una pedagógica y clara formulación en las Conclusiones de la Abogada General Trstenjak, de 4 de septiembre de 2008, al asunto *Danske Slagterier*, apartado 90: «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. Por su parte, el principio de efectividad significa que dichas condiciones no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización». Y cita las Sentencias *Francovich* y otros, apartados 41 a 43; de 2 de abril de 1998, *Norbrook Laboratories*, asunto C-127/95, apartado 111, y de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/01, apartado 58.

20. En *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, op. cit., pp. 565-604.
21. Así, p. ej., entre nosotros, E. COBREROS MENDAZONA: «Tal opción, en lo que conlleva de inclinarse por un sistema más amplio, resulta muy loable desde el punto de vista de la protección de los derechos (derivados del Derecho comunitario) de los particulares. Pero también es verdad que puede originar algún recelo o suspicacia por cuanto que, el resultado final,

ante reclamaciones de indemnización al calor de la línea abierta por la Sentencia *Francovich*, por la vía de la cuestión prejudicial de interpretación, plantearan al TJUE toda una suerte de cuestiones que se podían resumir en una: cuál había de ser la interpretación global del principio de responsabilidad y la concreción de su alcance. Las observaciones de la Comisión, de los Gobiernos personados, las que ya hiciera en su día el Abogado General MISCHO en el Asunto *Francovich* y las posteriores de los Abogados Generales LEGER y TESAURO presentadas entre noviembre de 1991, fecha de la Sentencia *Francovich* y marzo de 1996, en que se dicta la Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*, clamaban por una unificación de los regímenes de responsabilidad de los Estados y de la Comunidad, que llevara a la exigencia de una «violación suficientemente caracterizada» en el caso de que la infracción fuera atribuible al legislador estatal cuando dispone de un margen de apreciación a la hora de interpretar la conformidad de la norma nacional con el Derecho comunitario, lo cual, además, sería más conforme a la excepcionalidad de la responsabilidad del Legislador en el Derecho comparado.

El TJUE acogió esta argumentación. Conectó el régimen de responsabilidad de las Instituciones y el de los Estados: en consecuencia, cuando los Estados dictan un acto en el ejercicio de un amplio poder discrecional, se exige una infracción suficientemente caracterizada.

La justificación de una restricción tal la extrajo de la ya expuesta dieciocho antes en la Sentencia *Bayerische HNL* en materia de responsabilidad de la Comunidad, bien que adaptada en su formulación: la necesidad de que, en un contexto de amplia facultad de decisión política o de apreciación jurídica para la aplicación de decisiones políticas, la función legislativa no se vea coartada ante la posibilidad de que una declaración posterior de «inconstitucionalidad» conlleve la obligación de indemnizar daños y perjuicios, y de equiparar el régimen de responsabilidad comunitaria con el nacional<sup>22</sup>. Se equiparan, a tal efecto, la «regulación de situaciones complejas», la

---

es una responsabilidad extracontractual de Derecho comunitario mucho más amplia en el caso de los Estados que en el de las Instituciones comunitarias». (*Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, p. 45). J. FERNÁNDEZ MARTÍN añade que la disparidad entre la inexistencia o la gran restricción de la responsabilidad del legislador en el Derecho interno y en el Derecho comunitario que se desprendía de la Sentencia *Francovich*, era aún más paradójica habida cuenta del diferente grado de legitimación democrática del sistema jurídico supranacional («El principio de responsabilidad del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario. Evolución jurisprudencial reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, vol. 23, núm. 2, pp. 505-538).

22. Apartados 43 a 45: «El régimen establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 215 del Tratado, especialmente a propósito de la responsabilidad originada por actos *normativos*, tiene en cuenta, entre otros aspectos, la *complejidad de las situaciones* que deben ser reguladas, las *dificultades de aplicación o de interpretación de los textos* y, *más particularmente*, el *margen de apreciación* de que dispone el autor del acto controvertido. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la *amplia facultad de apreciación* de que disponen las Instituciones para la *aplicación* de las políticas comunitarias,

«dificultad en la aplicación e interpretación de textos» o el «margen de apreciación para dictar actos y aplicar preceptos» y la actividad legislativa, la libertad de opción política o la amplia discrecionalidad en un contexto económico, a las que alude la Sentencia *Bayerische HNL*. En suma, la apreciación jurídica del alcance de las obligaciones se equipara a la discrecionalidad en la decisión económica<sup>23</sup>. El TJUE apunta, pues, que la exigencia de una infracción cualificada de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares es pertinente en los casos en que existe una amplia facultad de apreciación por parte del legislador nacional equiparable al de las Instituciones comunitarias. Ahora bien, el legislador nacional no siempre tiene un amplio margen de apreciación. El supuesto paradigmático, como afirma el propio TJUE, es el de la omisión absoluta de cumplimiento de la obligación de transposición de directivas, incluso una vez declarado el incumplimiento. En este caso, siempre es responsable<sup>24</sup>.

En todo caso, se cuidó de reafirmar la vigencia del principio de equivalencia. La responsabilidad por infracción manifiesta y grave de una norma atributiva de

---

*en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica.* En efecto, la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad *normativa* se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función *legislativa*, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una *amplia facultad de apreciación*, indispensable para la *aplicación* de una política comunitaria, la Comunidad 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». La cursiva es nuestra. Este párrafo es una remisión expresa a la exposición realizada por primera vez en la Sentencia de 25 de mayo de 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG* y otros contra Consejo y Comisión, Asuntos acumulados 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77, Rec. p. 1209, apartados 5 y 6, y posteriormente reiterada en numerosas ocasiones.

23. Como ya se hiciera muy poco tiempo antes en la Sentencia de 18 de septiembre de 1995, *Detlef Nölle* contra Consejo y Comisión, Asunto T-167/94, Rec. p. II-2589, en materia de responsabilidad de las Instituciones.
24. «[...] procede señalar que el legislador nacional, al igual, por otra parte, que las Instituciones comunitarias, no dispone sistemáticamente de una amplia facultad de apreciación cuando actúa en un ámbito regido por el Derecho comunitario. Éste puede imponerle obligaciones de resultado u obligaciones de actuar o de abstenerse que reduzcan, a veces considerablemente, su margen de apreciación. Así sucede, en particular, en el supuesto de que, como ocurría en las circunstancias que concurrían en la sentencia *Francovich* y otros, antes citada, el Estado miembro está obligado, en virtud del art. 189 del Tratado, a adoptar, dentro de cierto plazo, todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva. En este supuesto, el hecho de que las medidas que deban adoptarse incumban al legislador nacional carece de pertinencia para que exista la responsabilidad del Estado miembro debida a la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva» (apartado 46).

derechos se convierte en una garantía mínima, que puede ampliarse si el sistema de responsabilidad del Estado infractor prevé condiciones más favorables<sup>25</sup>.

Con posterioridad, el TJUE generalizó la exigencia de una violación suficientemente caracterizada a partir de 1996, desvinculándose así claramente de su propia fundamentación teórica. En efecto, aplica dicha condición con independencia del autor del daño (de tal forma que no sólo se conecta con los daños derivados de infracciones imputables a leyes nacionales, sino también a reglamentos<sup>26</sup> o actos administrativos<sup>27</sup>) y del margen de apreciación efectivo con que contara en cada caso el Estado infractor, incluso en los casos de omisión de transposición de Directivas<sup>28</sup>. Y afirma que, cuando el margen de apreciación de que disponía el Estado infractor es reducido o inexistente, cualquier infracción se considera «suficientemente caracterizada»<sup>29</sup>. En definitiva, el TJUE opta por exigir formalmente en todo caso una violación suficientemente caracterizada. Ahora bien, su apreciación es diferente según «cada tipo de situación», esto es, en función del margen de apreciación efectivo. Cuando se trata de una omisión absoluta de transponer una directiva en plazo, toda infracción constituye una ilegalidad manifiesta y grave, una antijuridicidad calificada que compromete la responsabilidad de los Estados. Eso sí, hay que advertir inmediatamente que este automatismo sólo se da, en la práctica, en esta hipótesis. Por el contrario, incluso cuando se trata de una transposición parcial o incorrecta, se entra a considerar si puede ser excusada. Del mismo modo, en caso de infracción de un precepto del Tratado o de un reglamento, aún si el margen de apreciación es

- 
25. «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*» (apartado 66).
  26. Incluso cuando contemplan la situación específica del particular que reclama la indemnización. *Vid.* la Sentencia de 26 de marzo de 1996, Asunto C-392/93, *British Telecommunications*, en el que una normativa designa expresamente a un operador (BT) como el único incluido en el ámbito de aplicación de una Directiva comunitaria.
  27. Así, en el supuesto de la Sentencia de 23 de mayo de 1996, Asunto C-5/94, *Hedley Lomas*. Se trataba de la denegación de una licencia de importación por la autoridad competente, en este caso un Ministro. Igualmente, en la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, Asunto C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken*, en que el TJUE consideró que el incumplimiento estatal no traía causa de una ausencia normativa sino de una aplicación singular errónea de una Directiva comunitaria.
  28. Sentencias de 10 de julio de 1996, Asuntos acumulados C-94/95 y C-95/95, *Bonifaci y Berto*, apartado 47; *Palmisani*, Asunto C-261/95, apartado 25; *Maso y Gazzetta*, Asunto C-373/95, apartado 35.
  29. En este sentido, desde la Sentencia *Lomas*: «Por lo que se refiere al segundo requisito, debe considerarse que, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada» (apartado 28).

muy reducido, el criterio de la «violación suficientemente caracterizada» permite al TJUE reservarse su propio «margen de apreciación», a la vista de las circunstancias del caso. De este modo, ilegalidad y violación suficientemente caracterizada sólo se identifican en ausencia de margen alguno de apreciación. En estos casos, toda infracción es inexcusable. Por el contrario, cuando concurre un margen de apreciación acerca del alcance de una determinada obligación comunitaria, el TJUE enjuicia si puede justificarse el error de apreciación en función del grado de claridad de la obligación infringida. Una serie de factores resultan también relevantes, como la intencionalidad, la persistencia en la infracción, o la contribución de las Instituciones al error (que puede contribuir a excusar la infracción), o, por el contrario, a ponerlo de manifiesto (con un sentido inverso). Todos ellos se refieren a la gravedad de la ilegalidad<sup>30</sup>, y ninguno a la del daño<sup>31</sup>.

De esta forma, se optó por una perspectiva «penalista» en la fijación del régimen de mínimos comunitario<sup>32</sup>. El sistema pivota sobre la conducta del autor, y no sobre

30. En la Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*, el TJUE lleva a cabo una definición general de los criterios y elementos para la identificación de la violación suficientemente caracterizada. Es de sumo valor, teniendo en cuenta la falta de un pronunciamiento paralelo en el ámbito de la responsabilidad de la Comunidad, y que el TJUE declara expresamente que dichos criterios son aplicables también a ésta: «[...] tanto por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 215 como en lo que atañe a la responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, *el criterio decisivo* para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la *inobservancia manifiesta y grave, de los límites impuestos a su facultad de apreciación*. A este respecto, entre los *elementos* que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el *grado de claridad y de precisión de la norma* vulnerada, *la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida* deja a las autoridades nacionales o comunitarias, *el carácter intencional o involuntario* de la infracción cometida o del perjuicio causado, *el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho*, la circunstancia de que *las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir* a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada *cuando ha perdurado* a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido» (apartados 55 a 57).
31. En ningún momento se establece como condición la especialidad y gravedad del perjuicio. Es más, en el apartado 71 de esta Sentencia, el TJUE rechaza expresamente que pueda supeditarse la reparación al dato de que el acto u omisión del legislador se refiera a una situación individual, por aplicación de la teoría alemana de la norma protectora (*Schutznormtheorie*), ya que «[...] haría prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación efectiva de los daños que resultaran de la violación del Derecho comunitario, dado que las tareas que incumben al legislador nacional afectan, en principio, a la colectividad, y no a ninguna persona o grupo de personas consideradas individualmente».
32. L. MARTÍN REBOLLO ha apuntado que la responsabilidad cumple varias funciones: la fundamental, la garantía del ciudadano, pero además, otra propedéutica, y, en ocasiones, de

la situación de la víctima. Se trata de una restricción a nuestro juicio difícil de sostener desde el punto de vista teórico y de aplicar en la práctica, pues resulta difícil medir de forma objetiva el margen de apreciación jurídica en cada caso existente, juicio que queda confiado a una apreciación necesariamente subjetiva por parte del juez nacional que haya de conocer la reclamación, que en su caso puede pedir (pero no está obligado a ello) el auxilio del TJUE a través de la cuestión prejudicial de interpretación<sup>33</sup>.

## 2.2. *La vulneración de una norma que tenga por objeto atribuir derechos y relación de causalidad*

Junto a la exigencia de una «violación suficientemente caracterizada», para que haya lugar a declarar la responsabilidad del Estado, es precisa la «infracción de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares»<sup>34</sup>. Si se trata de una directiva carente de efecto directo, es necesario al menos que estos derechos «puedan ser identificados basándose en las disposiciones de la Directiva»<sup>35</sup>. En cuanto al sentido de la alusión a los «derechos», entre los Abogados generales y la doctrina se da una multiplicidad de aproximaciones, que muestra la complejidad del problema. Convencionalmente las posiciones pueden agruparse en dos: quienes entienden que sólo las normas que atribuyen derechos subjetivos a los particulares lesionados pueden dar origen a responsabilidad<sup>36</sup>; quienes se muestran

---

seguro y precio («Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 317-371). Siguiendo esta clasificación, puede afirmarse que en materia de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, la función propedéutica resultó privilegiada.

33. Con una sólida crítica de fondo, F. FINES, «Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de "l'État normateur"», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, pp. 69-101, en pp. 93-94, para quien el criterio de la existencia de opciones normativas, combinado con el poder de apreciación, es discutible, cuestionando, desde el punto de vista teórico, que pueda concebirse un poder de apreciación respecto a la obligación de respetar el derecho comunitario, o la propia contradicción de compatibilizar reconocimiento de «discrecionalidad» y de efecto directo.
34. Sentencia *Brasserie du pechêur/Factortame*, apartado 51. Como precisan M. WATHELET y S. VAN RAEPENBUSCH, pueden existir normas con efecto directo que no atribuyan derechos –como ejemplo, se refiere a la normativa comunitaria en materia de medio ambiente («La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?», *Cahiers de Droit Européen*, 1997, pp. 13-65 y 44).
35. Sentencia *Franovich*, apartado 40.
36. Entre los que parecen situarse, p. ej., E. COBREROS MENDAZONA: «[...] probablemente la respuesta más correcta sea, de nuevo, considerar la indemnización por los derechos proclamados por el Derecho comunitario como el mínimo inexcusable a reparar y dejar a cada ordenamiento estatal la posibilidad de que sí, conforme a su propio Derecho de daños, lo resarcible es más (se está pensando en el amplio y a veces lábil concepto de "intereses")», se siga tal pauta, también en estos casos» (*Incumplimiento del Derecho comunitario y*

favorables a un entendimiento amplio del concepto de derecho que abarque toda situación jurídicamente protegida (derechos subjetivos e intereses legítimos)<sup>37</sup>. A nuestro juicio, un análisis global de la jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Comunidad y de los Estados puede arrojar luz sobre el asunto<sup>38</sup>, y llevar a concluir que el significado de la referencia a la norma atributiva de derechos puede ser más bien que los defectos «de forma» (en sentido amplio, incluyendo los procedimentales) no son susceptibles de dar origen a la responsabilidad estatal. Esta solución puede considerarse un principio general común a los Derechos de

---

*responsabilidad del Estado, op. cit.*, p. 118). Para F. SCHOCKWEILER no cabría accionar en responsabilidad por la afectación a intereses, como serían los afectados en casos de violación de normas para la protección del medio ambiente (con la colaboración de G. WIVENES y J. M. GODART, «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 26, 1990, pp. 27-74), p. 44. J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN defiende esta postura y pone de manifiesto la necesidad de una definición comunitaria del concepto de derecho subjetivo («El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance», *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, pp. 845 y ss.; *El principio de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 527; *El efecto directo de las directivas y la protección de los derechos subjetivos comunitarios en la jurisprudencia del TJUE. Intento de sistematización*, Noticias de la Unión Europea, 1996, núm. 155, pp. 17 y ss.), p. 23.

37. Para el Abogado general MISCHO, en sus Conclusiones a *Francovich*, «(e)s difícil imaginar situaciones en las que un particular pueda alegar un perjuicio derivado de la infracción de una norma jurídica si ésta no tiene por objeto la protección de sus intereses. Según el derecho comunitario, basta que se trate simplemente de intereses y no de derechos subjetivos de la persona perjudicada». TESAURO, en sus *Conclusiones a Brasserie du pêcheur/Factortame*, coincide con esta aproximación. Añade que cumple este requisito toda norma que protege cualquier género de posición jurídica individual, incluso si puede tener por objeto la protección de otros intereses.
38. El TJUE no ha desarrollado aún una jurisprudencia asentada que distinga los conceptos de «derecho subjetivo» e «interés legítimo». La propia distinción no es conocida en todos los sistemas. Además, es de por sí polémico limitar la indemnización a esta categoría, y no extenderla a toda situación subjetiva reconocida por el ordenamiento. El Juez comunitario no analiza si la posición jurídica vulnerada se configura como un derecho subjetivo o como un interés legítimo. La clave de su razonamiento radica en la existencia de un perjuicio patrimonial que pueda anudarse causalmente a una infracción estatal. Es indiferente que lo vulnerado sea unos de los principios definidores del sistema (p. ej., prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías) o un beneficio singular que otorga una determinada normativa (v. gr., a obtener una remuneración por las prácticas profesionales). Todo sujeto al que una infracción causa un perjuicio tiene derecho a obtener una indemnización si prueba que una infracción suficientemente caracterizada le produjo directamente un perjuicio cierto. En esta misma línea parecen situarse el Magistrado M. WATHELET y el Letrado S. VAN RAEPENBUSCH a la postre se trata simplemente de garantizar la reparación de los perjuicios individualmente sufridos, sin llegar a consagrar por esta vía una acción popular para el respeto a la legalidad, por lo que en realidad, la noción se corresponde con la propia legitimación (*op. cit.*, p. 45).

los Estados miembros, y, además, es la acogida en materia de responsabilidad de la Comunidad<sup>39</sup>.

### 2.3. *La relación de causalidad*

El TJUE se ha referido a la causalidad directa<sup>40</sup>. No obstante, merced al principio de equivalencia, ha de estarse al concepto de causalidad que acoja cada ordenamiento si resulta más favorable (equivalencia de condiciones, causalidad adecuada, etc.). Y ha exigido que el perjudicado despliegue un grado de «diligencia razonable» para limitar la magnitud del daño<sup>41</sup>. En ausencia de mayor concreción, queda sin determinar cuál haya de ser la «diligencia razonable» exigible en relación con el recurso a las vías judiciales nacionales. En todo caso, la acción de responsabilidad no puede condicionarse a una previa declaración del incumplimiento estatal por parte del TJUE, ya que el particular no está legitimado para solicitarla. Sólo puede exigirse la previa anulación del acto si se trata de un requisito aplicable a las acciones basadas en el Derecho nacional y, en todo caso, no respecto de las leyes, de nuevo por falta de legitimación del particular. ¿Cuál es, pues, el sentido de esta prescripción? Parece claro que se condiciona en todo caso a la existencia de vías procesales eficaces para hacer valer el derecho en cuestión (p. ej. apelando al principio de interpretación conforme al Derecho comunitario de la normativa nacional<sup>42</sup>), o para poner fin a la infracción (mediante una acción de anulación de un reglamento u acto administrativo).

De nuevo procede retener esta idea, porque jugará un papel en el debate acerca de la similitud o no en la capacidad del ciudadano de defenderse ante una ley inconstitucional en el Derecho español y ante una ley contraria al Derecho de la Unión.

El tema se conecta directamente con los requisitos procesales de la acción de responsabilidad.

---

39. Mediante la interpretación de las nociones de «norma para la protección de los particulares» y de «causalidad».

40. Desde la Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*, apartado 51.

41. En la Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*, apartados 84 y 85, el TJUE afirma que: «[...] para determinar el perjuicio indemnizable, el Juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. En efecto, según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola» (Y aquí el TJUE se refiere expresamente a su Sentencia de 19 de mayo de 1992, *Mulder* y otros contra Consejo y Comisión, Asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061, apartado 33). En efecto, se trata, como sabemos, de una exigencia estricta y constante que constituye jurisprudencia reiterada.

42. En este sentido, F. FINES, *op. cit.*, p. 101.

### 3. UN RÉGIMEN PROCESAL SIN REGULACIÓN COMUNITARIA PERO SOMETIDO A LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD

En la Sentencia *Francovich*, se establece el principio de autonomía procesal de los Derechos nacionales. Esta autonomía se refiere a determinar «los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales»<sup>43</sup>. Estos presupuestos procesales difieren en gran medida entre unos sistemas nacionales y otros<sup>44</sup>. En todo caso, su aplicación se condiciona al respeto de los principios de efectividad y de equivalencia, cuyo significado ya apuntamos.

Una primera consecuencia de la aplicación del principio de efectividad es que la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario no se hace depender de una previa declaración de ilegalidad por parte del TJUE, como precisó el propio TJUE desde la Sentencia *Francovich*<sup>45</sup>. Lo contrario hubiera escapado a la lógica del sistema jurisdiccional comunitario. Los particulares no tienen derecho alguno a exigir de la Comisión que entable el recurso por incumplimiento. Su interposición es una facultad libérrima de la Comisión, basada en criterios de oportunidad. Por lo tanto, supeditar la acción de responsabilidad a la previa declaración del incumplimiento hubiera supuesto dejar la protección de los derechos de los particulares en manos de la Comisión. Por el contrario, el TJUE ha afirmado rotundamente que los derechos del particular derivan directamente del ordenamiento comunitario, y por ello una Sentencia por incumplimiento no los constituye<sup>46</sup>. El juez nacional tiene encomendada la protección

43. El TJUE ya había establecido la autonomía procesal en materia de devolución de gravámenes indebidamente percibidos por los Estados en reiterada jurisprudencia, a la que se remite también en materia de responsabilidad.

44. Así, p. ej., en el tema de la determinación de la jurisdicción, ya sea la administrativa o la civil, y el Tribunal competente para conocer de las acciones de responsabilidad, hay diferentes soluciones en los ordenamientos nacionales, así como en cuanto a los plazos para ejercitar la acción de responsabilidad.

45. «[...] 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 que el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado y de una condena por parte del Tribunal de Justicia. Pues bien, los derechos a favor de los 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 art. 169 del Tratado, 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 [...]» (apartado 95 de la Sentencia *Brasserie du pechêur/Factortame*).

46. Sentencia de 14 de diciembre de 1982, Asuntos acumulados 314/81 a 316 y 83/82, *Waterkeyn*, Rec. p. 4337, apartado 16, a la que se remite el propio TJUE. En el mismo sentido contrario a la exigencia de una Sentencia por incumplimiento como requisito formal –y no sólo como criterio de apreciación, insistimos– se pronunciaban los Abogados generales TESAURO y LEGER, en los puntos 81 y 174 a 177 de sus Conclusiones,

primaria de los derechos otorgados al particular por el ordenamiento comunitario, que tienen efecto directo. Por tanto, cuando el juez nacional se enfrenta a una acción de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, le corresponde garantizar la protección del individuo, mediante la toma en consideración de todos los elementos de juicio<sup>47</sup>. Así, habrá de analizar en primer lugar si ha habido una vulneración del Derecho comunitario. Si ya existe un pronunciamiento al respecto por parte del TJUE, a través de la vía del recurso por incumplimiento o por un uso extensivo de la vía de la cuestión prejudicial en interpretación, vinculará al juez nacional<sup>48</sup>. En caso contrario, deberá constatar la ilegalidad del acto, con el auxilio, en su caso, del TJUE por la vía de la cuestión prejudicial. Determinada la ilegalidad, deberá constatar si se cumplen los demás requisitos a los que el Derecho comunitario supedita la responsabilidad (en el entendido de que son mínimos ampliables si el régimen nacional es más favorable). Al respecto, cuenta de nuevo con el apoyo del TJUE por la vía de la cuestión prejudicial en interpretación, que es, como hemos visto, por la que se ha consagrado y desarrollado el régimen de responsabilidad comunitario.

La posibilidad de exigir la previa anulación del acto origen del daño está condicionada en un doble sentido: en aplicación del principio de equivalencia, sólo cabe cuando se trate de un requisito aplicable respecto de las reclamaciones semejantes basadas en el Derecho nacional. Por imperativo del principio de efectividad, parece que no podrá en ningún caso establecerse respecto de la responsabilidad del legislador, en los casos (como el español) de ausencia de legitimación general de los particulares para impugnar leyes nacionales por su incompatibilidad con el Derecho

---

respectivamente. La argumentación del primero fue la acogida por el propio TJUE, mientras que el segundo añadía argumentos como la falta de legitimidad de los particulares para ejercitar el recurso por incumplimiento; la importancia que tiene en el mecanismo global de garantía de los particulares la vía de las cuestiones prejudiciales; la imposibilidad de una indemnización rápida y por ello eficaz que derivarían de un requisito tal; las facultades del juez interno de controlar la conformidad de todo tipo de actos nacionales con el Derecho comunitario; el principio de que los derechos derivan del ordenamiento y no de las sentencias del TJUE, y, en definitiva, que un principio tal imposibilitaría la efectividad del principio de responsabilidad en múltiples casos. La doctrina ya había resaltado la innecesariedad de una Sentencia del TJUE con práctica unanimidad (así, entre nosotros, p. ej., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CEE*, Boletín, B-39, núm. 60, 1989, pp. 2-4; p. 3; E. COBREROS MENDAZONA, *op. cit.*, pp. 111-112 o R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 40-41).

47. Como ha señalado el TJUE en su Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*: «El Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales, únicos competentes para determinar los hechos de los asuntos principales y para caracterizar las violaciones del Derecho comunitario de que se trata, por la suya propia [...]» (apartado 59).
48. Ése y no otro es el sentido del pronunciamiento sobre la preexistencia de una sentencia por incumplimiento en la Sentencia *Franovich/Bonifaci*, apartado 44.

comunitario, ni ante el TJUE, ni ante los Tribunales constitucionales nacionales<sup>49</sup>. En este caso, deberá de limitarse a comprobar la contradicción entre la ley nacional y la norma comunitaria, a inaplicar ésta y a considerar si concurren los requisitos de la responsabilidad tal y como han sido definidos por el TJUE con carácter general. Dentro del respeto a estos dos principios, debe jugar la autonomía procesal de cada Estado. Al respecto, cabe constatar la diversidad de soluciones nacionales<sup>50</sup>.

#### 4. RECAPITULACIÓN Y VALORACIÓN

Como se ha visto, el estándar mínimo de protección acogido por el TJUE consiste en exigir una cualificación a la infracción origen del daño y en descartar la responsabilidad por infracciones formales o procedimentales.

Su valoración es una cuestión de hondura cuya respuesta no puede separarse de las concepciones últimas como jurista. Desde luego, entre los autores que han terciado en la polémica pueden encontrarse valoraciones muy dispares. Haciendo un uso abusivo de la simplificación y del reduccionismo podemos agruparlas en dos grandes posiciones.

Unos estiman críticamente que, con la disociación entre ilegalidad y violación suficientemente caracterizada, se ha primado la protección de las arcas públicas frente a la plena garantía indemnizatoria del particular<sup>51</sup>.

49. Como sabemos, en materia de responsabilidad de la Comunidad, rige el principio de autonomía de forma absoluta respecto de los actos de alcance general, ya que los particulares no están, en principio, legitimados para impugnarlos. En el caso de las decisiones individuales, sí puede estimarse la excepción de desviación de procedimiento en determinados casos.

50. Como señala TESAURO, unos sistemas nacionales afirman la autonomía absoluta (sistema francés); otros niegan la indemnización de los daños que hubieran podido evitarse con la interposición de una acción de nulidad (sistema alemán), y otros supeditan la admisión de la acción de responsabilidad a la previa anulación (sistemas italiano o inglés).

51. Así, p. ej., F. FINES, para quien el TJUE se muestra muy sensible a los intereses de los Estados, al no temer dejar a ciertas víctimas sin indemnización y así fragilizar los dos pilares en que se basa la propia responsabilidad: la primacía y el efecto directo (*op. cit.*, pp. 94-95). Crítico se muestra también R. ALONSO GARCÍA, que incide en los efectos perversos de la exención de responsabilidad tanto de los Estados como de la propia Comunidad en los casos de normas ambiguas: «De donde se desprende que el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar cualquier deficiente comportamiento de Bruselas en cuanto a técnica normativa, descartando el Tribunal de Justicia el más mínimo atisbo de traslado de la responsabilidad, siquiera en su versión de responsabilidad compartida, de los Estados miembros a la Comunidad, cuando la infracción de aquéllos responde, en todo o en parte, a las mencionadas deficiencias en el plano comunitario». «Así las cosas, habrá que preguntarse hasta qué punto ello no podrá llegar a potenciar, si no en el seno de la Comisión, sí en el del Consejo, una mala calidad en la redacción de las normas, al menos en las de difícil negociación, con el fin de salvar cualquier responsabilidad, tanto a nivel comunitario como interno, frente al ciudadano, obligado jurídicamente a soportar la [...] complejidad inherente al proceso normativo». (*op. cit.*, p. 56). J. D. JANER TORRENS (*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción*

Para otros, por el contrario, el régimen acogido supone un buen equilibrio entre la salvaguarda de la libertad de actuación pública y la protección patrimonial de los ciudadanos. La responsabilidad por mera ilegalidad subvertiría el equilibrio institucional, pues los Estados se verían obligados a indemnizar sólo porque el juez difiere de la interpretación del Legislador o la Administración, que son los llamados originariamente a realizarla, incluso si es razonable y de buena fe. Imponer la responsabilidad por mera ilegalidad frenaría la actividad de los poderes públicos y podría tener como consecuencia indeseable que los tribunales se volvieran más renuentes para declarar la existencia de cualquier ilegalidad en el contexto de una acción de anulación, ante la perspectiva de tener que declarar posteriormente su responsabilidad<sup>52</sup>.

---

*del Derecho comunitario*, Tirant, Valencia, 2002) sostiene que aunque el principio de responsabilidad se configura por el TJUE como un nuevo mecanismo de tutela de los derechos subjetivos de los particulares, su caracterización no permite que sea un mecanismo de tutela real y efectiva, porque se sujetan a una serie de condiciones sustantivas de naturaleza comunitaria que son el resultado de la incorrecta extrapolación de las restrictivas condiciones definidas por el propio TJUE en el ámbito de la responsabilidad de las instituciones, ya que mientras que en la responsabilidad de los Estados éstos actúan más a imagen de un Gobierno que desarrolla una ley que como un auténtico legislador, de modo que no tiene sentido exigir requisitos adicionales a la ilegalidad, en la de las Instituciones la restricción tiene como objetivo evitar que la actuación de las Instituciones puedan verse condicionadas por la eventual interposición de demandas de indemnización cuando adoptan medidas económicas en contextos amplia discrecionalidad. Por ello, concluye que el régimen de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario tiene un «carácter restrictivo y poco acorde con la tutela de los derechos subjetivos de los particulares» (p. 366), y defiende que hubiera sido más coherente prescindir de la noción de la «violación suficientemente caracterizada» y sustituirla por la exigencia de la mera ilegalidad. Apunta que el principio de equivalencia puede permitir superar las limitaciones que presentan las condiciones definidas por el Tribunal de Justicia, pero con el peligro de que se produzca una aplicación no uniforme de dicho principio en los diferentes Estados miembros. C. PÉREZ GONZÁLEZ (*Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001) apunta que el principio de responsabilidad es fruto de una línea jurisprudencial que pretende la protección judicial efectiva, en sede nacional, de los derechos comunitarios de los particulares, pero que «las posibilidades de que, efectivamente, la responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario se vea comprometida se reducen, sin embargo, de forma significativa como consecuencia de la aplicación de un régimen de responsabilidad sin duda restrictivo». Se muestra crítica con la extrapolación de las condiciones del régimen de responsabilidad por actos normativos de las instituciones, «también, sorprendentemente, en el supuesto de ejecución administrativa del Derecho comunitario», teniendo en cuenta que se trata de un «régimen concebido con deliberada rigidez». Consideraba que, en todo caso, la consagración del principio de responsabilidad llevaría a apertura de sistemas de responsabilidad nacionales, de modo que, «en la práctica, por tanto, la protección de los derechos conferidos a los particulares tanto por el Derecho comunitario como por el Derecho interno se vería reforzada» (pp. 333-335).

52. Con estos argumentos defiende P. P. CRAIG el régimen establecido por el TJUE («Once more unto the breach: the Community, the State and damages liability», *The Law Quarterly Review*, 1997, pp. 67-94).

Por nuestra parte, ya expresamos en otro lugar que los Derechos nacionales de la responsabilidad tienden a la objetivación del sistema, como consecuencia del desplazamiento de la óptica de la responsabilidad, desde la penalización del infractor a la protección a la víctima<sup>53</sup>. Ahora bien, ha de reconocerse que se trata de una tendencia, no de un resultado uniforme.

El TJUE, a nuestro juicio, estimó que su papel no era el de hacer de avanzada sino, más modestamente, el de trazar unos mínimos *que pueden y deben ser ampliados en la medida en que los ordenamientos nacionales sean más generosos, en virtud del principio de equivalencia*. El TJUE ha pretendido buscar, así, un equilibrio. Ha consagrado el principio de responsabilidad, frente a la oposición de los Estados y ha enlazado con el régimen de responsabilidad de la Comunidad para no crear disparidad en el nivel de garantía de los derechos en función del autor del daño. En efecto, se ha visto ciertamente condicionado por el régimen de responsabilidad de las Instituciones alumbrado en el pasado y las alegaciones de «doble rasero», máxime cuando el Tratado remite el propio sistema de responsabilidad de la Comunidad a los principios comunes a los sistemas estatales de responsabilidad, por lo que la unificación y coherencia están aún más justificadas; a falta de una razón específica, como reconoce el TJUE la protección de los derechos otorgados por el Derecho comunitario no puede variar en función de que la autoridad infractora sea comunitaria o nacional. Como señalaran desde su atalaya de Luxemburgo el Magistrado M. WATHELET y el Letrado S. VAN RAEPENBUSCH, «si el TJUE califica el régimen adoptado de restrictivo, no es seguro que los Estados crean que lo es»<sup>54</sup>.

En realidad, el contexto de la responsabilidad comunitaria y el de la estatal son bien diferentes y, en consecuencia, también lo es el control que ejerce el Juez comunitario sobre los actos comunitarios y los estatales. Cuando las *Instituciones comunitarias* adoptan una decisión en materia de intervención económica, gozan por lo general de un *amplio margen de libertad*. Sólo están sujetos a las escasas prescripciones del Tratado y a los principios generales que se limitan a garantizar una mínima justicia y racionalidad en la *decisión económica*. Al carecer de otros parámetros jurídicos con que enjuiciar la corrección de este tipo de medidas, *el control judicial es necesariamente limitado*. En cierto modo, puede afirmarse que se aproxima al propio de un tribunal constitucional. Por el contrario, los *Estados* están obligados a respetar no sólo las determinaciones del Tratado y los principios generales, sino todo el marco normativo, incluido el Derecho derivado. Su marco de actuación está limitado precisamente por el respeto al conjunto del Derecho comunitario. En otras ocasiones, la actividad enjuiciada es la correcta adaptación del ordenamiento interno a los resultados prescritos por la norma comunitaria (transposición de directivas). Puesto que el Derecho comunitario impone límites absolutos y resultados concretos a los Estados, los tribunales nacionales y el TJUE cuentan con *una densidad normativa mucho mayor*

53. Véase *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, op. cit., pp. 125-141.

54. Op. cit., p. 41.

con la que ejercer su control jurídico. El TJUE es el garante de la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario. En el desempeño de esta tarea, actúa de un modo análogo a un tribunal superior administrativo, y *puede estimar que interpretaciones razonables son, a pesar de ello, ilegales*. El control de la transposición de directivas es un ejemplo paradigmático. Hay que concluir que la naturaleza de la actividad de los Estados y las facultades de control por parte del TJUE son muy diversas a las propias de la responsabilidad comunitaria. La libertad de decisión económica y el margen de apreciación jurídica en el respeto o desarrollo del Derecho comunitario resultan difícilmente equiparables. El legislador nacional actúa en estos casos más bien como una Administración que desarrolla o ejecuta el Derecho comunitario. Y, sin embargo, el TJUE ha unificado ambos regímenes de responsabilidad. Entiende que en ambos casos se da un nexo común: la complejidad de la tarea normativa, en un contexto económico (en el caso de la Comunidad) o jurídico (en el de los Estados) en permanente evolución. Para no comprometer las finanzas públicas, es preciso restringir en ambos casos el régimen de responsabilidad. Finalmente, ése es el balance que el TJUE establece entre intereses públicos e intereses privados<sup>55</sup>.

Finalmente, podríamos tal vez preguntarnos si un aspecto de una relevancia tal, que afecta a una obligación fundamental que atañe a los Estados –bien que derivada,

---

55. El diferente contexto de la responsabilidad estatal respecto de la comunitaria conlleva una interesante divergencia en relación con el significado y sentido de la noción de la infracción suficientemente caracterizada. En el marco de la *responsabilidad de la Comunidad* por decisiones económicas, la distinción entre ilegalidad y violación suficientemente caracterizada es ciertamente compleja, si no artificial. La razón se encuentra en que el control de legalidad ya es de por sí necesariamente limitado, por la naturaleza de los actos (decisiones económicas) y la consiguiente imposibilidad por parte de la norma jurídica de trazar límites más allá de la prohibición de medidas arbitrarias o injustas. Trazar un círculo aún más externo resulta delicado, amén de innecesario para restringir las condenas. El contexto de la *responsabilidad de los Estados* es, bien diferente, como lo son las posibilidades de control jurídico. Señaladamente, en el caso de las directivas, hemos visto que el TJUE actúa como intérprete del auténtico sentido y alcance de la norma, para evitar así interpretaciones dispares. El TJUE cuenta aquí con mayores posibilidades de control jurídico, pues la norma determina el resultado prescrito, y, a menudo, las diferentes posibilidades de instrumentarlo. En este marco, resulta mucho más convincente distinguir entre interpretaciones razonables y aquéllas otras injustificables. La jurisprudencia dictada al respecto da buena cuenta de ello, pues, ciertamente, resulta difícil tachar de «arbitrarias» o «irrazonables» las actuaciones estatales que el TJUE no ha considerado «suficientemente caracterizadas». Por contra, los atentados contra principios «constitucionales» bien definidos (como la libertad de circulación y establecimiento o la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad) revelan con frecuencia una actitud conscientemente opuesta a los propios fundamentos del Derecho comunitario. Lo mismo puede decirse de la falta de transposición de directivas, que denota, cuando menos, una falta de diligencia inexcusable. Por ello, debe convenirse que, al margen del acuerdo o desacuerdo con la concepción «subjetiva» de la responsabilidad pública, el sistema es más convincente, en su aplicación, en el marco de la responsabilidad de los Estados que en el de la Comunidad.

como inmediatamente veremos del propio sistema comunitario— no debiera ser objeto de una previsión en los Tratados o en el Derecho derivado.

## II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

### 1. LA CONSTRUCCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR LEYES INCONSTITUCIONALES

Como es sabido, a partir de la última década del siglo pasado el Tribunal Supremo ha venido elaborando una decidida y completa doctrina acerca de la responsabilidad por actos legislativos<sup>56</sup>. A la hora de establecer el régimen aplicable, la jurisprudencia distingue entre responsabilidad por leyes inconstitucionales y responsabilidad por leyes constitucionales. Centrándonos a los efectos del objeto este trabajo en la primera, el principio acogido es el de que cuando un ciudadano sufre un perjuicio derivado de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales tiene derecho a ser indemnizado, pudiendo ejercer la acción en el plazo de un año desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la sentencia que

---

56. Sobre este tema, véanse, entre otros y destacadamente, AHUMADA RUIZ, M. A., «Responsabilidad patrimonial del Estado por las Leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, pp. 301-350; ALONSO GARCÍA, M. C., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999; «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002; DOMENECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de una ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 110, 2001; GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado Legislador*, Cedec, Barcelona, 2001; «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, núm. 155, 2001; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 2007, 2ª ed.; GARRIDO FALLA, F., «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 119, 1989; «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989; «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, 1993; «A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 81, 1994; QUINTANA LÓPEZ, T., «La responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 141-171; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador», *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972. Sobre esta jurisprudencia he llevado a cabo un seguimiento exhaustivo de la jurisprudencia de aplicación de este principio en las Crónicas de jurisprudencia publicadas desde 1998 hasta 2013 en la Revista Justicia Administrativa (con el profesor LÓPEZ MENUÑO) y desde 2014 en adelante en la *Revista Española de Derecho Administrativo* (en solitario).

declara la inconstitucionalidad, incluso si el acto de aplicación es firme porque no lo impugnó en su día por la vía de los recursos administrativos o contencioso-administrativos (pues en ningún caso está obligado a reaccionar frente a un acto que, hasta la posterior declaración de inconstitucionalidad, goza de la presunción de legalidad con que cuenta la propia ley de la que es aplicación) o en el caso de que lo impugnara y obtuviera una sentencia firme en su contra sin planteamiento previo de cuestión de inconstitucionalidad. La acción de responsabilidad es, además, autónoma respecto a la posibilidad de instar la revisión de oficio con que cuentan adicionalmente los interesados siempre que el acto no haya sido confirmado por sentencia firme. El Tribunal Supremo ha interpretado que 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, mandato que no podía ser establecido «a priori» en su texto. Ha argumentado que en estos casos el reconocimiento del derecho a indemnización no va en contra del principio de seguridad jurídica ni, cuando existe sentencia firme, del principio de cosa juzgada. Ahora bien, ha precisado que la decisión sobre la procedencia o no de indemnización debe partir del tenor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, pues si del mismo se deriva de forma explícita o implícita la voluntad de mantenimiento de los actos que hayan devenido firmes, dotando al pronunciamiento de eficacia *ex nunc*, habrá entonces de excluirse también el derecho a obtener indemnización por los daños que deriven de dichos actos<sup>57</sup>. Y también, de una forma por el momento enigmática y sin consecuencia, que sólo podrían excepcionar el principio de responsabilidad objetiva por la aplicación de leyes inconstitucionales «circunstancias singulares, de clara y relevante entidad» «como hipótesis no descartable»<sup>58</sup>.

A falta de una regulación específica, el Tribunal Supremo aplica en los supuestos de responsabilidad legislativa elementos procedimentales y procesales del régimen de responsabilidad administrativa, incluyendo la necesidad de interponer reclamación previa ante el Consejo de Ministros o el respectivo Consejo de Gobierno y la competencia de los tribunales contencioso-administrativos para conocer de estas demandas<sup>59</sup>.

Puede comprobarse que al igual que ocurriera con el TJUE, el Tribunal Supremo ha mostrado un auténtico activismo judicial, con no pocas semejanzas con el íter constructivo seguido por el primero<sup>60</sup>.

57. Por todas, STS de 18 de mayo de 2006, RJ 2006/3923.

58. SSTS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494.

59. Por todas, STS de 8 de enero de 1998, RJ 1998/773.

60. Una primera semejanza que podemos observar entre la jurisprudencia europea y española es que el principio de responsabilidad del legislador ha sido afirmado en ambos casos sin apoyo constitucional o legal expresos, extraídos de la esencia de la lógica jurídica que requiere que los derechos, para ser tales, tengan una garantía de restablecimiento en caso de infracción productora de daños. Se emplean los calificativos «constitucional» y «legal», en el caso de la Unión Europea, en referencia a los Tratados constitutivos y a los Reglamentos, normas

Pues bien, se trata de reflexionar, en este epígrafe, a la vista de la jurisprudencia esquemáticamente descrita sobre responsabilidad por leyes inconstitucionales, sobre la cuestión de si es de aplicación el principio de equivalencia entre estos principios y los aplicables a las reclamaciones de responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión. Como vamos a comprobar, no ha sido ni es incontrovertida<sup>61</sup>.

estructuralmente equiparables y para las que el frustrado Tratado por el que se establece una Constitución europea preveía ya ésta denominación. Una segunda semejanza es que, pese a esta ausencia de bases normativas ciertas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) comenzó desde los comienzos de su jurisprudencia a apuntar la vigencia del principio de responsabilidad de una forma cada vez más clara. Una tercera semejanza podemos encontrarlas en el dato de que el TJUE sentó definitivamente el principio de responsabilidad, incluido del legislador, y su fundamentación en la propia lógica de la eficacia de los derechos. Una cuarta semejanza es que inicialmente el régimen pareció configurarse como objetivo, esto es, bastaba la constatación de que el daño derivaba de un incumplimiento estatal para generar el derecho a indemnización (como sabemos, en 1996, a partir de la Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*, ante la presión hacia la unificación de regímenes, se matizó de forma trascendental esta aparente objetividad). Una cuarta semejanza es que, una vez afirmado el principio, tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional han afirmado la viabilidad de la acción pese a la inexistencia de una regulación legal de la vía procesal específica. En cuanto al régimen sustantivo, como puede verse, la gran diferencia es que la construcción del régimen de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales por parte del Tribunal Supremo no exige cualificación de la infracción ni vulneración de una norma sustantiva, esto es, atributiva de derechos. Y en cuanto al procesal, que la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario no se hace depender de una previa declaración de ilegalidad por parte del TJUE, como sí ocurre con la responsabilidad por leyes inconstitucionales y la declaración de inconstitucionalidad por el TC. No obstante, esta diferencia en la práctica es inoperante pues nunca se ha reconocido en nuestro Derecho una responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión sin un previo pronunciamiento del TJUE declarando la contradicción entre la ley nacional (o su omisión) y el Derecho de la Unión.

61. Sobre la aplicación en España de esta jurisprudencia, he reflexionado en *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 565-604, y he llevado a cabo un seguimiento exhaustivo de la jurisprudencia de aplicación de este principio en las Crónicas de jurisprudencia publicadas desde 1998 hasta 2013 en la Revista *Justicia Administrativa* (con el profesor LÓPEZ MENUDO) y desde 2014 en adelante en la Revista *Española de Derecho Administrativo* (en solitario). Véanse, asimismo, COBREROS MENDAZONA, E., «Obligación de indemnizar por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014; «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», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 11-59 y en la misma línea la segunda parte de su obra *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 129-239; 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 373/2006, 149/2007, 153/2007)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., *Administración y Justicia (Un análisis jurisprudencial)*. Liber amicorum Tomás-Ramón

## 2. LA CONDICIÓN DE «RECLAMACIONES SEMEJANTES» DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO INTERNO A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA. SU APLICACIÓN A LAS CONDICIONES PROCESALES: LA RETICENCIA INICIAL Y LA RECTIFICACIÓN TRAS LA SENTENCIA TRANSPORTES URBANOS

¿Deben considerarse «reclamaciones semejantes» las demandas de responsabilidad del Legislador derivadas de su infracción del Derecho de la Unión y de la Constitución, a efectos de aplicar el principio de equivalencia?

El tema ha sido controvertido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En efecto, inicialmente el Tribunal Supremo rechazó trasladar la construcción de responsabilidad por ley inconstitucional al caso de responsabilidad por ley incompatible con Derecho Unión Europea, al considerar que no podían considerarse reclamaciones *semejantes*, frente a la invocación por el reclamante del principio de equivalencia, a los efectos de aplicar la regla extraída de la responsabilidad por leyes inconstitucionales que permite solicitar indemnización en el plazo de un año desde la publicación en el BOE de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la ley, también respecto de los daños derivados de la aplicación de actos firmes o, incluso, sobre los que pesa el efecto de cosa juzgada<sup>62</sup>. La diferencia la localizó en que los ciudadanos pueden invocar ante la Administración<sup>63</sup> y ante los Tribunales la primacía del Derecho de la Unión y éstos deben inaplicar por sí mismos cualquier acto nacional, incluidas

---

Fernández, Civitas, Madrid, 2012, vol. II, pp. 3381-3401; NICOLÁS LUCAS, M. A., «La incidencia en la práctica española del principio de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 168, 2005, pp. 351-380.

62. SSTs de 29 de enero de 2004, Ar. 1379, de 24 de mayo de 2004, Ar. 3788, y de 30 de enero de 2008, Ar. 1344. Los asuntos tenían como contexto la regulación legal española de la deducción del IVA soportado, que impedía llevarla a cabo hasta el momento de inicio efectivo de la actividad empresarial. El TJUE, en Sentencia de 21 de marzo de 2000, GABALFRISA, S. L. y otros, Asuntos acumulados C-110/98 y 147/98, consideró esta limitación contraria al Derecho comunitario, pues éste permitía que se llevara a cabo la deducción una vez acreditada «la seria y razonada intención de iniciar la actividad».

63. Al respecto, debe recordarse que conforme a la doctrina sentada en la STJUE de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo SpA*, Asunto 103/88, la obligación de no aplicar el Derecho nacional contrario al Derecho de la Unión Europea, derivada del principio de primacía, se extiende a cualquier órgano administrativo. Esta doctrina ha sido cuestionada dentro del propio Tribunal por el Abogado General RUIZ-JARABO, en sus Conclusiones de 25 de junio de 2009 a la STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, Asunto C-205/08, que postula limitar esta obligación a las autoridades con legitimación para elevar una cuestión prejudicial. Sobre esta cuestión, y la postura acogida por nuestro Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y consejo de Estado, véase E. COBREROS MENDAZONA, «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 2015, pp. 171-207, quien defiende que el principio de primacía y la correspondiente obligación de la Administración de aplicar el Derecho de la Unión frente a normas nacionales que lo contradigan debería aplicarse con garantías,

las leyes, contrario al Derecho comunitario, lo que no ocurre en el caso de las leyes inconstitucionales, lo que justificaría que en este supuesto se pueda reclamar la indemnización de los daños derivados de la aplicación de actos firmes y consentidos e incluso sobre los que pesa el efecto de cosa juzgada en un plazo de un año desde la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad. Además, razonó, en los casos en que la contradicción con el Derecho comunitario ha sido apreciada en el marco de una cuestión prejudicial de interpretación, la declaración no comporta la anulación de la Ley nacional (la desaparición «ex tunc», en palabras del Tribunal Supremo). La consecuencia que extrajo es que no cabe reclamar responsabilidad por los daños derivados de actos firmes y consentidos contrarios al Derecho comunitario y que se exige la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada<sup>64</sup>.

Consciente de lo controvertido de esta falta de equiparación, el propio Tribunal Supremo planteó mediante Auto de 1 de febrero de 2008 una cuestión prejudicial al TJUE, en un nuevo caso en que se cuestionaba si podía reclamarse por los daños generados por actos firmes en el plazo de un año desde la constatación de la desconformidad de la ley nacional con el Derecho comunitario, si las demandas de responsabilidad del Legislador por leyes contrarias a la Constitución y al Derecho de la Unión Europea debían considerarse o no «reclamaciones semejantes» a los efectos de la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad<sup>65</sup>.

El TJUE consideró que teniendo las dos reclamaciones exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o por una omisión legislativa del Estado, la única diferencia consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (el TJUE o el TC)<sup>66</sup>. Tras puntualizar que conforme a su consolidada jurisprudencia no es requisito para la declaración de responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión Europea que ésta haya sido previamente declarada por el TJUE, estimó que esta mera diferencia no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equi-

---

como el previo dictamen no vinculante del correspondiente órgano consultivo, como sugiere el propio Consejo de Estado.

64. Incluso se argumenta que en estos casos no cabe hablar de responsabilidad del Legislador, al no ser una ley autoaplicativa. Y todo ello, obsérvese, en el marco de una acción de responsabilidad dirigida en realidad a la devolución de exacciones, esto es, un supuesto similar al que dio origen a la jurisprudencia en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales.
65. En un supuesto en que el daño coincidía nuevamente con los ingresos indebidos obtenidos por la Hacienda española por la aplicación de una Ley declarada contraria al Derecho de la Unión en el marco de un recurso por incumplimiento, sin que se hubiera accionado por la vía de la acción de devolución de ingresos indebidos en el plazo de cuatro años desde la liquidación previsto en los artículos 66 y 67 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, plazo ya prescrito en la fecha de la STJUE que puso de manifiesto la contradicción de la Ley española con el Derecho comunitario.
66. STJUE de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos, Asunto C-118/08 (Gran Sala).

valencia y por ello, al no ser exigible el previo agotamiento de las vías internas de reacción contra el acto de aplicación de la ley inconstitucional causante del daño, tampoco puede serlo en el caso de las leyes contrarias al Derecho de la Unión en virtud del principio de equivalencia<sup>67</sup>.

La conclusión era clara y el propio Tribunal Supremo la hizo suya en la propia Sentencia dictada en el asunto que dio lugar a la cuestión prejudicial y otras coetáneas y posteriores, cambiando su doctrina y dejando de exigir el agotamiento previo de la vía interna en los plazos legales para recurrir contra los actos de aplicación

---

67. La cuestión prejudicial contraponía la dificultad para el ciudadano de evitar la aplicación de una ley inconstitucional y la de una ley contraria al Derecho comunitario (en esencia, lo primero requiere de una declaración de inconstitucionalidad que sólo el TC puede llevar a cabo, y que los ciudadanos no tienen un derecho procesal a que un juez la plantee; mientras que lo segundo puede y debe ser llevado a cabo por cualquier órgano administrativo o judicial que aprecie la disconformidad de la ley con el Derecho de la Unión). Pero que también hacía una distinción entre los efectos de una previa declaración de inconstitucionalidad por el TC (nulidad de la ley con efecto retroactivo) y los de una declaración de disconformidad con el Derecho de la Unión por el TJUE vía recurso por incumplimiento o cuestión prejudicial de interpretación (la ley mantiene su vigencia, aunque queda desplazada por la primacía del Derecho de la Unión). El razonamiento era un tanto pobre, si se quiere, en la medida en que no entraba siquiera a valorar la diferencia basada en la diferente posición de la Administración respecto de la aplicación de leyes inconstitucionales y de leyes contrarias al Derecho de la Unión. El Abogado General POIARES MADURO puso de relieve que tampoco los particulares tienen un derecho procesal incondicional al planteamiento de cuestiones prejudiciales, puesto que la obligación de plantearla sólo pesa sobre los tribunales contra cuyas decisiones no cabe recurso y está sometida a la excepción de la teoría del «acto claro», y que los tribunales, por su parte, tienen la obligación de plantear cuestión de inconstitucionalidad si comparten la duda planteada por alguna de las partes. Por tanto, las posibilidades de cuestionar, ante el órgano jurisdiccional que conoce del litigio principal, la constitucionalidad de la ley o su compatibilidad con el Derecho comunitario no difieren demasiado. Y que cuenta con la garantía final del recurso de amparo, que no cabe sin embargo por contradicción del Derecho de la Unión. Y consideró que sólo ante la Administración «es incontestablemente más fuerte la protección contra la ley incompatible con el Derecho comunitario que la protección contra la ley inconstitucional. Sin embargo, a menos que se incumpla el principio comunitario de equivalencia, tal diferencia no es tan importante que justifique que se someta la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa del Derecho comunitario al agotamiento previo de todas las vías de recurso *no sólo administrativas sino también jurisdiccionales*, contra el acto administrativo adoptado sobre la base de la ley, mientras que tal requisito no se impone en el caso de una acción de responsabilidad patrimonial por infracción de la Constitución por parte de la ley». Respecto de lo segundo, recuerda que según jurisprudencia consolidada, los efectos de las sentencias prejudiciales interpretativas del TJUE «son igualmente retroactivos, habida cuenta de su valor declarativo». Y que, no obstante, tanto en el caso de las leyes inconstitucionales como de las contrarias al Derecho de la Unión, cabe que los tribunales, por razones de seguridad jurídica, prevean el mantenimiento de los actos firmes dictados con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad/ilegalidad.

origen del daño. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad comienza a computar, pues, como ocurre en los casos de leyes inconstitucionales, desde la publicación de una sentencia del TJUE que, con ocasión de un recurso por incumplimiento o de una cuestión prejudicial de interpretación, pone de relieve la disconformidad de la ley con el Derecho de la Unión<sup>68</sup>.

### 3. LA CONDICIÓN DE «RECLAMACIONES SEMEJANTES» DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO INTERNO A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA. SU APLICACIÓN A LAS CONDICIONES SUSTANTIVAS: LA ADMISIÓN INICIAL Y LA RENUENCIA ULTERIOR INCLUSO TRAS LA SENTENCIA TRANSPORTES URBANOS

El reconocimiento de que las reclamaciones de responsabilidad por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al Derecho de la Unión son reclamaciones semejantes a los efectos de la aplicación del principio de equivalencia, afirmado meridianamente en la jurisprudencia europea que acabamos de reseñar, no ha ido, sorprendentemente, acompañado de su aplicación a las condiciones sustantivas de la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión.

Como reseñamos *supra*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige cualificación alguna en la gravedad de la inconstitucionalidad, ni siquiera distingue entre inconstitucionalidad por razones sustantivas o adjetivas (procedimiento, competencia). Es, en ese sentido, mucho más «generosa» con el perjudicado. Basta la constatación de que la aplicación de una ley inconstitucional produjo un daño para el nacimiento de la obligación de indemnizar (salvo en los casos en que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional haya excluido expresamente la producción de efectos retroactivos de su pronunciamiento y con el matiz por ahora incógnito de un régimen distinto en «circunstancias singulares, de clara y relevante entidad» «como hipótesis no descartable»).

En buena lógica, y tras el pronunciamiento del TJUE en la Sentencia Transportes Urbanos y su reproducción por la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ambos casos, sin hacer distinción entre que las reclamaciones sean semejantes «a efectos procesales pero no sustantivos», parecería que en virtud del principio de equivalencia el Tribunal Supremo asumiría que no cabe exigir a las reclamaciones de responsabilidad del Legislador español por leyes contrarias al Derecho de la Unión el requisito de la «violación suficientemente caracterizada de una norma que tenga por objeto conferir derechos». Pues bien, no ha sido así<sup>69</sup>.

68. SSTs de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095.

69. Sobre este tema ha reflexionado en extenso entre nosotros COBREROS MENDAZONA, E., «Obligación de indemnizar por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014; «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

Su jurisprudencia inicial reconoció en el plano teórico la aplicación del principio de equivalencia a las condiciones sustantivas. En efecto, en su Sentencia de 12 de junio de 2003, Ar. 8844, en torno a los daños causados al grupo PRISA por las medidas promovidas por el Gobierno del Partido Popular para frenar la expansión de Canal Satélite Digital, incluidos un Decreto, después tramitado como Ley y un Real Decreto, incompatibles con el Derecho de la Unión, el Tribunal Supremo comenzó haciendo un repaso de la evolución de la jurisprudencia comunitaria en torno a la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos nacionales, de forma meticulosa y plenamente informada, y tras recordar que los requisitos comunitarios son la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada, que la norma jurídica vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que exista un nexo de causalidad directa, recordó que rige el principio de equivalencia, esto es, han de aplicarse los requisitos nacionales cuando éstos sean menos rigurosos respecto a reclamaciones internas semejantes de ese mínimo comunitario, lo que resulta «tremendamente importante» en sistema de responsabilidad objetiva estatal como el español<sup>70</sup>. A continuación analizó si concurrían los requisitos comunitarios, antes de entrar a valorar subsidiariamente, si,

---

Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 11-59 y en la misma línea la segunda parte de su obra *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 129-239.

70. Como apunta el Tribunal Supremo: «En consecuencia procede analizar en primer lugar la cuestión que se plantea desde el punto de vista de la infracción del Derecho Comunitario, ya que sólo en el caso de que la demanda sea desestimada desde esta óptica procederá entrar a analizar la cuestión desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno al formularse este planteamiento con carácter subsidiario. La doctrina de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la Comunidad Europea ha sido elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha establecido cuales son las condiciones de fondo que necesariamente han de cumplirse para que se pueda dar lugar a esa responsabilidad, si bien hemos ya de manifestar que la comunitarización de los requisitos llevada a cabo por el Tribunal tiene carácter subsidiario, entendida tal subsidiariedad en el sentido de que si las condiciones establecidas en el Derecho interno para declarar esa responsabilidad son menos restrictivas que las establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad nada impide que el Juez nacional las aplique, ya que sólo se vulneraría la jurisprudencia del Tribunal si para la declaración de responsabilidad se aplicasen condiciones más restrictivas que las establecidas por aquél». [FJ 3] «Ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios menos restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico» [FJ4].

en caso de que no hubieran concurrido, se daban los menos exigentes exigidos por el Derecho interno. Al apreciar la concurrencia de una «violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos», no siguió esa segunda vía «subsidiaria».

Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia posterior ha exigido siempre la concurrencia de la violación suficientemente caracterizada de una norma que tiene por objeto la atribución de un derecho, desconociendo que constituye tan sólo un mínimo comunitario y, por ende, que por mor del principio de equivalencia habría de aplicar el régimen mucho más favorable de la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, por ser reclamaciones semejantes como expresamente declaró en la sentencia Transportes Urbanos. En efecto, el Tribunal Supremo ha exigido en todos los casos, no sólo un incumplimiento<sup>71</sup>, sino la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada<sup>72</sup> (normalmente sin razonamiento alguno acerca de la virtualidad del principio de equivalencia y en alguna ocasión con un razonamiento desconcertante<sup>73</sup>),

71. STS de 24 de enero de 2014, Ar. 791 (se descarta la responsabilidad al no haber incumplimiento alguno).
72. Apreciando su existencia, en unos casos (p. ej., STS de 11 de enero de 2008, Ar. 585 –retraso en la transposición de una Directiva sobre homologación de títulos–; SSTS de 2 de octubre de 2012, Ar. 9543 y de 20 de noviembre de 2013, Ar. 2014/475 [sujeción a tributación de la aportación de capital destinado a las actividades mercantiles ejercidas en territorio español por las sucursales o establecimientos permanentes de sociedades establecidas en un Estado miembro que no aplica un gravamen análogo]; SSTS de 18 de enero de 2012, Ar. 3139, de 28 de febrero de 2012, Ar. 4301, y de 28 de enero de 2014, Ar. 688, 690 y 691 –tratamiento fiscal de forma diferente, hasta el 31 de diciembre de 2006, de las ganancias patrimoniales obtenidas en España según los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes; en este caso, se da la particularidad de que los demandantes alegan que no se trata de un caso de responsabilidad sino de recuperación de los ingresos indebidos, y que por tanto no son exigibles los requisitos de la responsabilidad pero el TS lo aborda como un supuesto de responsabilidad y exige la presencia de una violación suficientemente caracterizada, que no aprecia concurrente–) y, en otros, desestimándola (p. ej., SSTS de 30 de abril de 2004, Ar. 5015, y de 11 de enero de 2008, Ar. 585 (incorrecta transposición de una Directiva sobre reconocimiento de títulos universitarios)).
73. STS de 20 de julio de 2010, Ar. 6501 (sujeción al IVA del aplazamiento de pagos con generación de intereses): «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 y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991, C-6 y 9/90 referida al incumplimiento de la obligación de ejecutar correctamente las directivas y posteriormente reafirmada en la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortarme, de 5 de marzo de 1996, asuntos C-46 y 48/93, al exigir que la infracción del derecho comunitario fuere suficientemente caracterizada, tal como dijo la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2003 (RJ 2003, 8844), recurso contencioso administrativo 46/1999. Destacamos el carácter de responsabilidad objetiva al ser tal la naturaleza de la responsabilidad patrimonial pública en nuestro ordenamiento jurídico cuyas reglas deben seguirse en este ámbito sin perjuicio, claro está, del respeto de los principios de equivalencia y efectividad. Por tanto esa exigencia de la violación suficientemente caracterizada debe adicionarse a que la norma jurídica vulnerada tuviere por objeto conferir derechos a los particulares y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el

junto a la de un daño cierto y una relación de causalidad directa<sup>74</sup>, amén, claro está, de la solicitud de indemnización en plazo, de un año a contar desde la publicación de la sentencia del TJUE que declara el incumplimiento<sup>75</sup>. La exigencia, por cierto, se ha aplicado también a la responsabilidad por reglamentos estatales contrarios al Derecho comunitario<sup>76</sup>. Es más, ha procedido así incluso en las propias sentencias que resolvieron las reclamaciones una vez resuelta la cuestión prejudicial en la Sentencia Transportes Urbanos<sup>77</sup>. Ha parecido partir del entendimiento de que el principio de equivalencia no se aplica a las condiciones sustantivas<sup>78</sup>. Es más, en algunas sentencias a partir de

---

daño sufrido por quienes hayan sido lesionados (apartado 51 de la sentencia Köbler, de 30 de septiembre de 2003)». Y concluye descartando la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada. Obsérvese que se dice que se conoce y asume la jurisprudencia comunitaria... y que el régimen debe ser objetivo por así que lo es en nuestro Derecho interno... pero ello sin perjuicio del principio de equivalencia... y que se exige una violación suficientemente caracterizada... que no concurre en este caso.

74. Así, en la STS 2 de octubre de 2012, Ar. 9773, se descarta la responsabilidad en ausencia de perjuicio imputable causalmente al Estado.
75. SSTS de 9 de octubre de 2012 y de 23 de julio de 2013, Ar. 6281.
76. STS 5 de marzo de 2012, Ar. 4762 (Real Decreto de transposición incorrecta de una Directiva en materia de investigación celular).
77. SSTS de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095 y otras similares posteriores sobre el mismo asunto. En efecto, justo en el fundamento jurídico siguiente, el 10, se lee: «Despejado este obstáculo debemos volver al camino marcado por el Tribunal de Justicia para la declaración de la responsabilidad patrimonial de los Estados por vulneración del Derecho Comunitario. Destacábamos en el fundamento séptimo la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, en la medida en que había desarrollado los requisitos según los cuales el Derecho Comunitario reconoce un derecho a indemnización: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas. Ya indicamos que de los tres requisitos es el segundo el que plantea mayores dificultades para su concreción en cada caso. Ello nos obliga a realizar un minucioso contraste entre la norma comunitaria y la española pues el Tribunal de Justicia viene a distinguir entre aquellos supuestos en que el Estado miembro goce de un margen de apreciación más o menos amplio y aquellos otros en que se le impone una obligación para cuyo cumplimiento no gozan de ninguna discrecionalidad, siendo en el primer caso las condiciones para que se dé lugar a la responsabilidad más estrictas que en el segundo [...].» Y concluye valorando que en este supuesto el margen de apreciación era muy reducido y las ilegalidades injustificables a la vista de la clara jurisprudencia anterior a la aprobación de la ley: «No existía, por tanto, ninguna incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión. Todo lo cual lleva a concluir que estamos ante una violación suficientemente caracterizada al haberse vulnerado por el Estado, en el ejercicio de su facultad normativa, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades».
78. Ha contado para ello con el «apoyo» del Consejo de Estado, que ha considerado, en una doctrina ciertamente pobre, que la aplicación del principio de equivalencia y, por ende, del régimen nacional de responsabilidad si es más favorable al perjudicado sólo juega

2012 se lo ha planteado expresamente, para concluir en la negativa, «razonada» por la necesidad de aplicación uniforme del Derecho comunitario –que, parece ha de entenderse, se quebraría si pudieran aplicarse regímenes más favorables en caso de existir en los diferentes Derechos estatales de la responsabilidad, lo que supone desconocer que el TJUE ha establecido precisamente el régimen comunitario como un mínimo estándar ampliable– y por la diferencia en el margen de discrecionalidad con el que cuenta el legislador cuando interpreta la Constitución y cuando interpreta el Derecho de la Unión –que resulta difícil de interpretar, porque parece que, en esa lógica y como vimos, *supra*, el margen de discrecionalidad mayor tendencialmente al interpretar la Constitución (con todo lo que de general y por ello relativo puede tener esta afirmación) abogaría precisamente por un régimen más restrictivo de la responsabilidad en este supuesto, y no por lo contrario-<sup>79</sup>.

Lo cierto es que, como hemos visto, de la jurisprudencia del TJUE en materia de responsabilidad, tanto general, como precisamente en relación con el caso español en la Sentencia Transportes Urbanos, queda meridianamente claro que es la responsabilidad del Legislador por infracción de la Constitución y del Derecho de la Unión

---

en materia procesal y que, además, el régimen de fondo de la responsabilidad por leyes inconstitucionales en España es más restrictivo que el propio régimen de mínimos del Derecho comunitario, en la medida que condiciona la indemnización a la previsión legal expresa en el artículo 139.3 LRJPAC Dictámenes 1228/2010, 23 de septiembre de 2010 y 116 y 210/2011, de 14 de abril de 2011, 341/2011, de 5 de mayo de 2011. Por lo demás, tampoco estima que el régimen de responsabilidad administrativo español sea más favorable (Dictamen 73/2011, de 31 de marzo de 2011).

79. SSTs de 18 de enero de 2012, Ar. 3139, de 28 de febrero de 2012, Ar. 4301, de 2 de octubre de 2012, Ar. 9543, de 9 de octubre de 2012, Ar. 9802, de 10 de junio de 2013, Ar. 4880, y de 11 de junio de 2013, 4885: «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 sólo 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».

han de considerarse reclamaciones semejantes a los efectos de aplicar las condiciones más favorables, sustantivas y procesales, y no cabe duda, como se ha reseñado y como admite casi unánimemente la doctrina<sup>80</sup> y el propio Tribunal Supremo, el régimen interno, el realmente aplicado por el Tribunal Supremo al margen del dictado

80. A. GONZÁLEZ ALONSO, «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 106, pp. 381-429, tiene en este punto una posición confesadamente minoritaria. Defiende que el régimen de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales es más exigente que el comunitario. Los argumentos serían los siguientes. El régimen nacional «evidentemente no» es objetivo, pues su aplicación está condicionada a que el Tribunal Constitucional no haya limitado hacia el futuro los efectos de su sentencia y requiere además que se aprecie una relación de causalidad y un daño. El razonamiento no parece asumible. La limitación de efectos, que por lo demás también puede llevar a cabo el TJUE –véase E. COBREROS MENDAZONA, «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, 2016, pp. 67-102– no determina que el régimen sea objetivo o culpabilístico, sino que es un presupuesto para su aplicación. La exigencia de causalidad y daño los otros elementos clásicos de la institución de la responsabilidad, junto, precisamente al de la culpa o su objetivación. Se apoya también en un argumento «estadístico»: que las series de condenas indemnizatorias del Legislador español por Leyes inconstitucionales es limitada en número, pero lo mismo, y a fortiori, puede decirse de las condenas por Leyes contrarias al Derecho de la Unión, en que ha aplicado como vemos, el requisito de la «violación suficientemente caracterizada». Añade que el régimen comunitario remite la responsabilidad a la infracción de cualquier norma comunitaria, y el interno sólo a la Constitución (no se ve aquí en que afecta a eso al régimen sustantivo, que es lo que se compara), no exige una previa declaración de incompatibilidad de la Ley nacional con el Derecho comunitario por el TJUE, y el interno sí requiere una declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional (pero eso es consecuencia sencillamente de que el juez nacional es garante del principio de primacía, sin afectar tampoco al régimen sustantivo), y que aunque en ambos ordenamientos se pueden limitar los efectos que declaran la invalidez de la ley –por el TJUE en el primer caso, y por el Tribunal constitucional en el segundo–, los presupuestos para hacerlo difieren, pues el TJUE requiere no sólo que la seguridad jurídica requiera el mantenimiento de los efectos pasados por las repercusiones económicas y financieras, sino también que la infracción sea «disculpable», mientras que el Tribunal Constitucional atiende sólo al primer criterio (lo que, amén de no referirse tampoco al régimen sustantivo, se explica sencillamente porque el criterio de la influencia de la actuación de las Instituciones en el error estatal no es trasladable al legislador cuando actúa en el plano interno). Añade respecto de esto último que la prueba sería que Tribunal Constitucional ha llevado a cabo esa limitación en unos doce casos, en su cómputo, frente a un uso supuestamente más restrictivo de esta facultad por el TJUE. Sin embargo, como demuestra el citado trabajo de E. COBREROS MENDAZONA los casos son precisamente 10 tan sólo referidos a la cuestión prejudicial de interpretación, a los que habría que sumar las ocasiones en que lo ha hecho en recursos por incumplimiento... De todo ello concluye que el régimen diseñado por el Tribunal Supremo es menos favorable, globalmente considerado, que el previsto por el TJUE (p. 417). Lo erróneo de esta argumentación, a mi juicio, puede cotejarse, finalmente, si se quiere, con la prueba del nueve de los casos, como los reseñados en este trabajo, en que ha excluido la indemnización por los daños derivados de la aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión precisamente porque habiendo infracción no es suficientemente caracterizada.

del artículo 139.3 LRJPAC, es mucho más favorable que el mínimo comunitario en la medida en que no exige cualificación alguna de la inconstitucionalidad<sup>81</sup>.

No es extraño que la duda sobre la corrección de su planteamiento asaltara al propio TS que en 2014 se planteó elevar al TJUE una cuestión prejudicial sobre la aplicación del principio de equivalencia al régimen sustantivo de la responsabilidad del legislador por infracción del Derecho de la Unión, a los efectos de la no exigibilidad de una «violación suficientemente caracterizada», en la medida en que no se exige respecto de la responsabilidad por los daños derivados de leyes inconstitucionales. Sin embargo, una vez oídas las partes<sup>82</sup>, consideró –sorprendentemente, al menos para el que esto escribe– que era innecesario el planteamiento, pues son diferentes los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley *ex tunc* y los de una declaración de incumplimiento por parte del TJUE, que no implica la anulación de la ley nacional, razonamiento en sintonía con la argumentación del Abogado del Estado y en frontal oposición –de nuevo a nuestro juicio– con la argumentación del TJUE en Transportes Urbanos<sup>83</sup>. Al respecto, cabe objetar que las sentencias del TJUE que por la vía del recurso por incumplimiento o de la cuestión prejudicial de interpretación ponen de manifiesto la disconformidad de una norma nacional con el Derecho comunitario declaran una infracción *ab origine*. Y que además, en muchos casos la infracción no tiene su origen en una norma nacional, sino en su omisión<sup>84</sup>. Obsérvese, por cierto, que el rechazo a aplicar el principio de equivalencia ya no se apoya ni en la «aplicación uniforme del Derecho de la Unión» ni en la menor generosidad del 139.3 LPC; se parte, justo, de lo contrario: de que el

81. Que la comparación ha de hacerse con el régimen efectivamente aplicado de responsabilidad y no con el 139.3 LPC es algo que la doctrina ni se plantea y si lo hace es para resaltar que ha de compararse como la realidad de la interpretación y aplicación por el Tribunal Supremo (así, E. COBREROS MENDAZONA, *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 208).

82. El Ministerio Fiscal no se oponía, el reclamante afirmaba que concurría una violación suficientemente caracterizada y añadía que, en todo caso, no podrían exigirse requisitos más gravosos que los de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, y el Abogado del Estado aducía que no hay similitud entre la declaración de inconstitucionalidad por el TC y la estimación de un recurso por incumplimiento por el TJUE.

83. SSTS de 22 de septiembre de 2014, Ar. 4682, de 22 de septiembre de 2014, Ar. 4683, de 26 de septiembre de 2014, Ar. 4851 y de 26 de septiembre de 2014, Ar. 5049, siendo en todas ellas el ponente el Magistrado Díez-Picazo. El relato detallado puede encontrarse en RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario: ¿punto final?», *Diario La Ley*, núm. 8424, de 19 de noviembre de 2014 y en COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 214-218.

84. Y que, como apunta E. COBREROS MENDAZONA, en relación con normas contrarias al Derecho de la Unión el propio Tribunal Supremo interpreta que los reglamentos contrarios al Derecho comunitario son nulos de pleno derecho (*Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 220).

régimen español es más generoso<sup>85</sup>, pero no se consideran reclamaciones semejantes las derivadas de daños por infracción de la Constitución y del Derecho de la Unión. El resultado es, por cierto, en este caso, que se estima que no concurre una violación suficientemente caracterizada y se dejan sin indemnizar los daños derivados de la aplicación de tributos contrarios del Derecho comunitario. En fin, un supuesto que, me parece, podría diseñar uno de esos excepcionales casos de responsabilidad del poder judicial, por adopción de una solución errónea sin planteamiento siquiera de cuestión prejudicial en un caso en que, como mínimo desde la Sentencia Transportes Urbanos, la conformidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la del TJUE era mucho más que discutible.

Posteriormente en 2015, ha continuado exigiendo la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada<sup>86</sup>.

#### 4. RECAPITULACIÓN Y VALORACIÓN

A mi juicio, que las acciones de responsabilidad por daños derivados de la aplicación de leyes contrarias a la Constitución o al Derecho de la Unión son «reclamaciones semejantes» parecía desde un principio evidente<sup>87</sup>. En todo caso, a la vista del pronunciamiento del STJUE en Transportes Urbanos se puede decir que se produjo una unanimidad doctrinal en la obligación jurídica, derivada del principio de equivalencia, de alinear la responsabilidad del Legislador español por incumplimiento del Derecho de la Unión con su responsabilidad por leyes inconstitucionales<sup>88</sup>.

85. «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 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».

86. Así, por todas, SSTs de 2 de febrero de 2015, Ar. 490, 491, 492. Por cierto, en esa serie de sentencias concurre las siguientes significativas notas: el Tribunal Supremo en su momento no planteó cuestión prejudicial de interpretación acerca de la conformidad de una ley española con el Derecho de la Unión. Posteriormente, el TJUE declaró la disconformidad de la ley con el Derecho comunitario. Solicitada indemnización, se toma en consideración la aplicación por el Tribunal Supremo de la ley contraria al Derecho comunitario sin plantear cuestión prejudicial, a los efectos de argumentar que la infracción no era suficientemente caracterizada, en lo que parece una especie de actuación «en grupo» de los poderes del Estado de forma que el error de uno se disculpa por el error del otro.

87. Yo mismo lo he sostenido desde 2001, en mi tesis *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, op. cit., pp. 573-574, y he criticado de forma machacona la renuencia del Tribunal Supremo a aplicarlo en las crónicas sobre responsabilidad publicadas desde 1999 en la *Revista Justicia Administrativa*, junto al profesor LÓPEZ MENUDO, y en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, desde 2014, en solitario.

88. Como voces discrepantes en la doctrina española, que les niegan la condición de «reclamaciones semejantes», puede verse A. GONZÁLEZ ALONSO, «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», op. cit. Las razones que aduce, y que reconoce como minoritarias en el panorama doctrinal y contrarias

a lo expresamente declarado por la Sentencia Transportes Urbanos, como hemos visto, no nos parecen convincentes. Su análisis se centra en comparar una hipótesis-tipo de legislador español sometida sólo al respeto de los mandatos abstractos de la Constitución y un caso particular, el del legislador español que transpone incorrectamente una concreta Directiva, en el caso que dio origen a la Sentencia Transportes Urbanos, que carecía de margen de apreciación e incurría en una ilegalidad evidente, asemejándose más su posición al Gobierno cuando aprueba un reglamento de desarrollo de una ley. Como puede verse, su razonamiento se construye con dos parámetros no comparables, uno abstracto (la libertad genérica del legislador sólo limitado por la Constitución) y otro concreto (un caso en que el legislador no contaba con margen de libertad para transponer una Directiva). Reconoce, no obstante, que no toda infracción del Derecho de la Unión Europea es siempre y en todo caso evidente y a veces hay normas abiertas como las constitucionales pero en esos casos, afirma, lo más probable es que, cuando pone de manifiesto la contrariedad de la Ley con el Derecho comunitario, el TJUE limite el alcance de los efectos de su sentencia, impidiendo de este modo que se planteen demandas de responsabilidad por aplicaciones pasadas. Sin embargo, como ha demostrado recientemente E. COBREROS MENDAZONA («Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *op. cit.*), el recurso a las sentencias de alcance prospectivo es «moderadísimo». Y de lo que se trata es de determinar precisamente si, en caso de que quepa accionar en responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión (porque el Tribunal Constitucional y el TJUE no hayan limitado, respectivamente, el alcance de sus sentencias), las reclamaciones son «semejantes» (y todo ello por no añadir que las reclamaciones de responsabilidad del Legislador por leyes contrarias al Derecho de la Unión, no están condicionadas a la previa existencia de una sentencia del TJUE que declare la disconformidad de la ley con el Derecho comunitario, como ha recordado la Sentencia Transportes Urbanos). Finalmente, localiza otro punto de semejanza en que las finalidades de los regímenes de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al Derecho de la Unión no serían comparables, porque ésta segunda «tiene sobre todo un fundamento de carácter sancionador», lo cual, creemos, no es sostenible *per natura*: el régimen de responsabilidad es una garantía indemnizatoria, esa es su esencia, lo que no obsta a que en el Derecho de la Unión haya servido, además, como medio efectivo para estimular a los Estados al cumplimiento de las sentencias en algunos casos (fundamentalmente, en los de no transposición en plazo de Directivas). También en contra de la semejanza M. A. RUIZ LÓPEZ, en «Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», en BAÑO LEÓN, J. M. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 2783-2805, que considera que las 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, puesto que, por una parte, es distinta la posición de los jueces respecto Constitución y UE (p. 2803), y, por otra, la responsabilidad 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. Sin embargo, la responsabilidad del Estado-legislador por una ley inconstitucional no pretende la defensa de la Constitución, sino que [...] constituye una suerte de garantía patrimonial [...] (pp. 2795-2796). En fin, por lo demás, como puede verse, se trata de una posición doctrinal minoritaria frente a una cuestión ya resuelta en la práctica por el TJUE en la Sentencia Transportes Urbanos –siempre a salvo de reconsideración por el propio TJUE, claro está–.

Ello no quiere decir, claro está, que se reproduzca la misma unanimidad acerca de la cuestión de cuál haya de ser el régimen idóneo de responsabilidad del legislador. En España, la generosa doctrina del Tribunal Supremo reseñada *supra* ha tenido importantes detractores, tanto dentro del propio Tribunal como entre la doctrina (destacadamente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA). Y, de hecho, la mayoría de los administrativistas españoles que se han aproximado a ambos regímenes de responsabilidad del legislador, el mínimo comunitario y el español, han postulado, *de lege* o *de iurisprudencia ferenda*, que el Tribunal Supremo debía alinear el régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales por él alumbrado con el régimen sustantivo comunitario de mínimos exigido por el TJUE y limitar los daños indemnizables a los actos que no son firmes o que, siéndolos, trataron de combatirse en su momento sin éxito en vía judicial alegando la contrariedad de la Ley con la Constitución o con el Derecho de la Unión<sup>89</sup>.

89. C. ALONSO GARCÍA («La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, 2010, pp. 74 y ss.) defiende que la Sentencia Transportes Urbanos es un «acertadísimo fallo», puesto que la situación es en esencia idéntica y el tratamiento absolutamente desigual. Consta que al menos tres exigencias son menos rigurosas que el mínimo comunitario en el caso de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, y por ende no deben aplicarse tampoco a las reclamaciones de responsabilidad por la aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión: la «violación suficientemente caracterizada», la obligación de haber impugnado los actos de aplicación y la limitación a los actos futuros de los efectos de la declaración de disconformidad de la ley española con el Derecho comunitario. Defiende, pues, que es necesario alinear ambos regímenes al alza o a la baja, y se muestra partidaria de limitar en ambos casos la responsabilidad del Legislador a los actos no sean firmes y consentidos y sobre los que no pese el efecto de cosa juzgada, computando el plazo para reclamar desde el momento de la producción del daño. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO («Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 141-171) se muestra de acuerdo en que se dan las condiciones para aplicar el principio de equivalencia entre la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales y contrarias al Derecho de la Unión, y en contra, pues, de «una exageración forzada de las diferencias existentes entre ambos supuestos, que se vale de recursos retóricos, pero que no resiste un análisis crítico mínimamente reflexivo» (p. 147). Defiende que en ambos casos debería exigirse el agotamiento de los recursos administrativos y contenciosos, por aplicación de la teoría que distingue protección primaria y secundaria y la procedencia de exigir al ciudadano que intente la primera («quizás moderando la carga de recurrir bastando un recurso judicial con solicitud de cuestión de inconstitucionalidad») para que pueda, posteriormente, buscar la segunda, exigencia que encontraría su fundamento en clave de responsabilidad en un principio de diligencia para la evitación del daño –sin la cual se haría «co-culpable» y se rompería el nexo de causalidad. «De hecho, un sentido intuitivo de la justicia (y, por ser esto una mera intuición, admito que no tenga valor determinante en el sistema jurídico racional del Estado de Derecho) descubre aquí algo análogo a un enriquecimiento sin causa, cuando se concede a C –que no ha hecho nada por defender su situación– lo mismo que a A –que intentó, aunque sin éxito, acciones de protección primaria– y a costa de B –en cuyo proceso se obtuvo la sentencia constitucional de declaración de inconstitucionalidad

de la ley—. C es un genuino *free rider* que no merece la protección del Derecho de daños» (p. 155). Concluye que: «Es evidente, a mi juicio, que también con respecto a estos dos requisitos [atribución de derechos y violación suficientemente caracterizada] el régimen de la acción de Derecho interno es (mucho) más favorable al ciudadano que el régimen (mínimo) del Derecho comunitario». De modo que el Tribunal Supremo debería aceptar, si fuera coherente, que basta cualquier infracción de cualquier norma, lo que parece el futuro probable. «Este parece ser el futuro probable: que no solo desaparece el requisito de haber intentado la protección primaria; sino que se “igualan por abajo” todos los requisitos de la acción de responsabilidad establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como efecto no pretendido de una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo tan simple y generosa como discutible, el “primitivo” régimen jurídico de la acción de responsabilidad del Estado por ley declarada inconstitucional va a desplazar al matizado y riguroso régimen de la acción de Derecho comunitario, también creado jurisprudencialmente, pero en el que encuentran sitio criterios ponderados del Derecho público de daños (relevancia de la diligencia de la víctima, atención a que el régimen de responsabilidad no desencadene un efecto inhibitorio, etc.)» (p. 158). C. PLAZA MARTÍN («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 septiembre de 2010)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., *Administración y Justicia (Un análisis jurisprudencial)*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, Civitas, Madrid, 2012, vol. II, pp. 3510-3548), por el contrario, no considera que sean «reclamaciones semejantes» y, por tanto, cree que se trata de una «discutible aplicación por parte del Tribunal de Justicia del principio de equivalencia», dado que el paralelismo habría sido más correcto establecerlo con la responsabilidad por reglamentos ilegales, si bien reconoce que las consecuencias habrían sido las mismas, tanto en régimen sustantivo como procesal (p. 3529). Se muestra partidaria de reducir el régimen de responsabilidad del legislador al mínimo comunitario y aplicar la prohibición de desviación de procedimiento. Ahora bien, pone de relieve que a la vista de este pronunciamiento, es jurídicamente obligado aplicar las condiciones mucho más favorables de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, que considera una jurisprudencia «menos evolucionada» y que «no ha tenido en consideración hasta la fecha, lamentablemente, la mayor o menor intensidad o cualificación que puede tener una infracción de la Constitución, y no sigue ningún test similar al de la “violación suficientemente caracterizada”» (p. 3544). Para E. COBREROS MENDAZONA (*Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, op. cit.), desde un óptica macro que hay que utilizar cuando se aplica Derecho de la Unión Europea lo fundamental es la finalidad resarcitoria o, mejor aún, su garantía (no las consecuencias en el Derecho de un Estado de una ley inconstitucional en cuanto a su validez y la de sus actos de aplicación). De esta forma hay que atender a los sujetos, objeto, causa y sobre todo a la finalidad, de tal modo que: «Las lógicas y evidentes diferencias entre ambos supuestos —qué tipo 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». Como por lo demás, se deriva directamente de la argumentación del TJUE en la Sentencia Transportes Urbanos (pp. 224-228). Defiende que el régimen interno de responsabilidad por leyes inconstitucionales —y el de responsabilidad administrativa; no así el de responsabilidad judicial— es más favorable al perjudicado que

### III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEY 40/2015 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD

#### 1. EL CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN

El legislador español ha decidido terciar de forma decisiva en lo que hasta la fecha eran, como hemos visto, construcciones puramente jurisprudenciales y críticas y propuestas doctrinales en materia de responsabilidad legislativa.

En efecto, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ha procedido a regular en su artículo 32 la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea<sup>90</sup>.

---

el comunitario, por lo que no puede exigirse una «violación suficientemente caracterizada». Ahora bien, añade que no tiene que ser una respuesta definitiva a la vista de que la doctrina sobre responsabilidad por leyes inconstitucionales provoca dudas de oportunidad por su repercusión financiera, por no responder al Derecho comparado, por ser una discutible interpretación por el TS del sentido del artículo 40 LOTC, por prescindir del dictado del artículo 139.3 LRJPAC, y todo ello sin el concurso interpretativo del TC por vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Por ello, propone una intervención del legislador que regule directamente la responsabilidad por leyes inconstitucionales. Si lo hace de forma más amplia que el mínimo comunitario, habría de aplicarse el régimen nacional. «Si, como parece prudente, se hace una regulación similar para ambos casos –esto es, con alguna “válvula de seguridad” como la apuntada por el Tribunal Supremo en su más reciente jurisprudencia o como la establecida por el Tribunal de Justicia–, el régimen indemnizatorio será el mismo [...]. Lo que parece estar fuera de toda duda es la necesidad de terminar con la situación actual en la que la interpretación del Tribunal Supremo resulta muy amplia y generosa con los perjuicios sufridos por la aplicación de una ley después declarada inconstitucional, sin exigir hasta ahora ningún otro requisito de antijuridicidad que la pura inconstitucionalidad (incluso la meramente “formal”, como hemos visto), y, sin embargo, para el resarcimiento de los daños producidos por la aplicación de una Ley contraria al Derecho de la Unión Europea exige el requisito de que tal contradicción lo sea de una manera suficientemente caracterizada, con las consecuencias de desestimar numerosas pretensiones indemnizatorias. Esto, además de otras consideraciones, no deja de ser un incumplimiento del ordenamiento de la Unión y puede denotar cierta incoherencia en el actuar de nuestro órgano jurisdiccional ordinario superior» (pp. 238-239).

90. Apartado tercero: «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. La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4. b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5».

Respecto de la responsabilidad del Legislador en el Derecho interno ha distinguido el supuesto de las leyes no expropiatorias constitucionales –respecto de las que reproduce el desafortunado artículo 139.3 LRJPAC– y el de las leyes inconstitucionales –lo que implica que considera que este supuesto quedaba extramuros del 139.3 y sujeto, como sabemos, al régimen establecido pretorianamente por el Tribunal Supremo–. No podemos aquí, claro, entrar a estudiar y enjuiciar el régimen alumbrado, que deberá ser objeto de otros trabajos. Baste apuntar, a nuestros efectos, que parece respetar el régimen sustantivo objetivo acuñado por el Tribunal Supremo –aunque la dicción general del precepto tal vez no excluya la posibilidad, me parece, de una restricción también jurisprudencial de este régimen–, esto es, basta la mera inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional de una ley que haya sido de aplicación y causado un perjuicio patrimonial al ciudadano. Sin embargo, hay una limitación «procesal» de inmenso calado: sólo obtendrán indemnización aquellos ciudadanos que cuestionaron en plazo ante los tribunales la constitucionalidad de la ley de la que el acto era aplicación, sin lograr el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Esto es, sólo se protege a los perjudicados que han intentado sin éxito la tutela judicial<sup>91</sup>. Como decíamos, no es este lugar para valorar la regulación de la responsabilidad por leyes inconstitucionales. Constatamos que supone una enmienda a la práctica totalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que los ciudadanos pueden presumir la constitucionalidad de las leyes que se les aplican y, por ello, si posteriormente son declaradas inconstitucionales, se les abre un plazo de un año para reclamar desde la publicación de la sentencia, sin que los principios de cosa juzgada y acto firme sean obstáculo para ello, habida cuenta de la diferente naturaleza de su acción, que no es anulatoria sino resarcitoria, derivada de que la declaración de inconstitucionalidad «por definición» «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» y que «debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño»<sup>92</sup>. Por el contrario, la nueva regulación legal, alineándose, como hemos apuntado, con un importante sector de la doctrina administrativista, considera que puede exigirse a los ciudadanos que cuenten con conocimientos jurídicos para detectar la inconstitucionalidad de cualquier ley que se les aplica y con medios para cuestionarla ante los tribunales. De este modo, también parece convertirse el legislador

91. Apartado cuarto: «Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya 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».

92. STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, de Pleno.

ordinario en «intérprete» del alcance de las sentencias del Tribunal Constitucional, llenando la laguna o ambigüedad del artículo 40 LOTC de una forma radicalmente diferente a como lo hiciera el Tribunal Supremo. La nueva regulación, pues, parece tomar partido por las reticencias mostrada por una influyente corriente doctrinal, personalizada por el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y defendida por una parte minoritaria pero destacada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Por lo demás, obsérvese que se exige que se haya impugnado la actuación administrativa de aplicación de la Ley, cuando no todos los perjuicios responden a este esquema, esto es, la ley inconstitucional que causa un daño no siempre lo hace por intermediación de un acto administrativo de aplicación<sup>93</sup>. Esta nueva regla legal, como veremos a continuación extendida también a la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión, ha obtenido un recibimiento favorable también en la primera doctrina que ha realizado su valoración<sup>94</sup>.

93. Piénsese, por ejemplo en el caso del Real Decreto-ley que suprimió los salarios de tramitación que dio origen a la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, referencia en la materia.

94. M. A. RUIZ LÓPEZ, «Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», en BAÑO LEÓN, J. M. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 2783-2805, se muestra crítico con la extensión en la jurisprudencia en virtud del principio de equivalencia del no condicionamiento de la viabilidad de la pretensión indemnizatoria a la previa impugnación del acto de aplicación origen del daño, afirmada inicialmente respecto a la responsabilidad por leyes inconstitucionales (p. 2795). Además, añade, «sucede que, en estos casos, no será posible contar con una delimitación de los efectos en el tiempo de la sentencia, como también ocurre, habitualmente, con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el plano interno» (p. 2795). No compartimos esta afirmación, puesto que no los tribunales nacionales pero sí el propio TJUE puede igualmente limitar los efectos de sus sentencias que ponen de manifiesto la incompatibilidad de una ley nacional con el Derecho de la Unión (sobre el tema, recientemente, E. COBREROS MENDAZONA, «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, 2016, pp. 67-102). Juzga, pues, que debió considerarse en ambos casos, responsabilidad por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, que había una ruptura del nexo causal por culpa de la víctima, al haber permitido que el acto de aplicación generador del daño quedara consentido y firme (p. 2795), siendo a su juicio discutible la alteración casuística de la firmeza de las situaciones jurídicas y la disociación del régimen de la validez de los actos administrativos del de la responsabilidad (p. 2803). Por ello, considera que la nueva regulación contenida en el artículo 32.4 LRJSP «ha de saludarse favorablemente, ya que no está en modo alguno justificado, con arreglo a la jurisprudencia actual, que la retroacción que pueda deparar la anulación de una ley beneficie al ciudadano que no hizo nada en su momento por defender su derecho en relación con la actuación antijurídica del Estado; conclusión que es congruente, por otra parte, con la jurisprudencia contenida en la sentencia de 5 de marzo de 1996» (p. 2801). A. GONZÁLEZ ALONSO, «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 106, pp. 381-429, se muestra partidaria del nuevo régimen legal que condiciona la viabilidad de la reclamación a que el reclamante hubiera alegado previa e

En lo que hace a la responsabilidad del Legislador por infracción del Derecho comunitario, se reproduce miméticamente esta misma limitación «procesal» en el artículo 32.5, conforme al cual «si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya 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». Y además, se añade que debe tratarse de la infracción de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado, y ha de existir una relación de causalidad directa<sup>95</sup>. Esto es, han de concurrir los requisitos exigidos

---

infructuosamente la incompatibilidad de la ley con la Constitución o con el Derecho comunitario con ocasión de la impugnación ante un tribunal nacional de un acto de aplicación. En el primer caso, «ya que creo que la defensa de la Constitución es cosa de todos –también de los ciudadanos– y que no deben estar en la misma posición los que recurrieron un acto que los que se aquietaron al mismo». En el segundo, aún con más razón, pues considera que en estos supuestos –que en realidad en el razonamiento a identifica con un concreto caso que dio origen al asunto Transportes Urbanos– el legislador actúa con escaso margen de apreciación y por ello no debe ampararse «la coartada de la creencia del ciudadano en la presunción de validez de la norma». Además, cree que la presunción de conformidad de la ley con la Constitución no puede trasladarse a su conformidad con el Derecho de la Unión. A todo ello añade el siguiente razonamiento: «Esta nueva regulación debe considerarse un acierto ya que la anterior línea jurisprudencial, que propiciaba la huida de la jurisdicción para interesar la tutela de los derechos legítimos que confiere a los ciudadanos el Derecho de la Unión Europea y su sustitución por la vía indemnizatoria, podía provocar varios riesgos que, contrariamente a lo que podría parecer a primera vista, debilitarían la efectividad del DUE y afectarían de alguna manera a la arquitectura judicial de la Unión». Los riesgos serían el de colocar al poder judicial en un escenario secundario, en lugar de obligarle a plantear cuestiones prejudiciales de interpretación; el de desplazar la responsabilidad del estado juez, que no plantea cuestión prejudicial ni inaplica la ley nacional, al Estado legislador; y, en fin, el de crear una suerte de control concentrado del TJUE que haría que los jueces no se involucraran en la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea. En fin, no parece que hayan sido eso los efectos del sistema tal y como se venía aplicando, ni que apoyar ahora el sistema en la improbable responsabilidad del Estado juez contribuya precisamente a mejorar la arquitectura judicial de la Unión ni la garantía patrimonial del ciudadano. Cabe cuestionarse si la doctrina que defiende esta posición, constituida por profesores de Derecho constitucional y administrativo y letrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, no pudiera incurrir en algo similar a lo que P. BOURDIEU calificaba del «habitus», esto es, de considerar que realmente se puede exigir a un ciudadano ajeno al Derecho que se convierta en «defensor de la Constitución» y del Derecho de la Unión, detecte posibles incumplimientos del Derecho supraordenado cuando se le aplica una Ley y lo impugne ante los Tribunales buscando la «tutela judicial primaria». Por nuestra parte, nos alineamos más con la visión del Tribunal Supremo y, desde luego, con el matiz de la exigencia «en función de las circunstancias» y «dentro de lo razonable» de la jurisprudencia comunitaria.

95. Apartado quinto: «Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso

como estándar mínimo de garantía por el Derecho comunitario, que se «interioriza» y se convierten en máximos.

También se equiparan en el artículo 34.1, párrafo segundo, el régimen de la responsabilidad por leyes inconstitucionales y contrarias al Derecho de la Unión en cuanto a cuál es el período máximo de referencia de los daños indemnizables: «En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables 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 o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa».

## 2. VALORACIÓN CRÍTICA

Esta nueva regulación adolece, a nuestro juicio, de un grave defecto en la comprensión del régimen de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario que hemos analizado en este trabajo. Y nos parece claramente en diversos aspectos nucleares, contraria a la jurisprudencia comunitaria.

### 2.1. Régimen sustantivo y principio de equivalencia

Desde la perspectiva del régimen sustantivo, por cuanto, a nuestro juicio, vulnera el *principio de equivalencia*, al exigir unas condiciones (el estándar mínimo de garantía) que no se exigen para las reclamaciones semejantes de responsabilidad por leyes constitucionales<sup>96</sup>. El razonamiento desarrollado en la segunda parte de este trabajo nos exime de mayor argumentación: si para la segunda basta cualquier inconstitucionalidad –formal o procedimental– sin exigencia de cualificación alguna, no cabe exigir para la primera una infracción cualificada de una norma atributiva de derechos<sup>97</sup>. Podría añadirse, si cabe, desde una perspectiva de fondo valorativa, innecesaria por lo dicho, que no tendría sentido alguno establecer un régimen más restrictivo para determinar la respon-

---

contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes: a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares. b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado. c) Ha de existir 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 sufrido por los particulares».

96. Para E. COBREROS MENDAZONA («La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 315-339). El nuevo artículo «permite albergar serias dudas sobre su adecuación al derecho supranacional» (p. 338).

97. Y ello obviando la exigencia de una «causalidad directa», mientras que como es sabido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad acoge la teoría de la «causalidad adecuada». No obstante, cierto es que esta distinción no ha jugado ningún papel en materia de responsabilidad del legislador.

sabilidad del legislador cuando actúa vinculado por el Derecho comunitario, en que como vimos a menudo carece de un auténtico poder de libre conformación normativa, en una posición frecuentemente parecida a la de una Administración, que cuando lo hace vinculado sólo por los preceptos constitucionales. Por las razones desarrolladas en este trabajo, es improcedente cualquier regulación de las condiciones sustantivas de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión toda vez que por aplicación del principio de equivalencia se aplica el Derecho nacional que regula las reclamaciones semejantes, que no son otras sino las de responsabilidad por leyes inconstitucionales. El régimen acogido en la Ley 40/2015 es, por ello mismo, a nuestro juicio, contrario a la jurisprudencia comunitaria. Podrá acaso apuntarse que en realidad puede ser conforme a ésta si se interpreta como sujeto al principio de equivalencia, pero la acotación «asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes» nos parece excluir esta interpretación.

## 2.2. Régimen procesal y principio de efectividad

Desde la perspectiva del régimen procesal, el TJUE ha dejado meridianamente claro desde el comienzo de su jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal (y con especial recordatorio a España en la Sentencia Transportes Urbanos), que no está condicionada a un previo pronunciamiento del TJUE que declare la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión, pues el Derecho de la Unión goza de primacía y efecto directo. Por ello, carece de sentido referir el derecho a la indemnización a una sentencia comunitaria que declare la infracción y después limitar la indemnización a aquellos supuestos, anteriores en el tiempo, en que se trató infructuosamente de hacer valer el Derecho comunitario ante los tribunales internos<sup>98</sup>. El legislador incurre así en una mimesis con la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, que, en un sistema de control concentrado de la constitucionalidad como el español sí exige, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y ahora en la nueva regulación legal, de una previa sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad. Pero se trata de una mimesis gravemente errónea, pues desconoce los fundamentos del sistema de aplicación judicial del Derecho de la Unión. Como se desprende de la jurisprudencia comunitaria, y puesto que el control de conformidad de la ley con el Derecho de la Unión corresponde a todos los tribunales nacionales que tengan que decidir un asunto en que se plantee el conflicto, el plazo para reclamar comienza a computar, como regla general, cuando se manifiesta el perjuicio, como ilustra la jurisprudencia comunitaria. Una cuestión distinta aunque directamente relacionada es la de si el principio de efectividad permite localizar siempre ese momento en el de la aplicación del acto origen del daño, o cabe retrasarlo, por la doctrina de la *actio nata*, a un momento posterior en que, con ocasión de una sentencia nacional o comunitaria, se pone de manifiesto la contradicción de la ley

98. En este mismo sentido, M. A. RUIZ LÓPEZ, *op. cit.*, que califica el precepto como «perturbador» (p. 2801).

con el Derecho de la Unión, a lo que el TJUE ha dado una respuesta matizada que requiere atender a las circunstancias del caso<sup>99</sup>. Pero, como puede comprobarse, se trata de analizar *desde la perspectiva de la garantía efectiva del derecho a obtener una indemnización si puede localizarse el dies a quo en un momento posterior al de la causación del daño, a efectos de no entender prescrito el plazo para reclamar*. Lo que nunca ha validado el TJUE, sino que lo ha descartado expresamente, es que sólo pueda reclamarse cuando el propio TJUE haya declarado la disconformidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión. De esta forma, la única manera de entender compatible la previsión del artículo 32.5 LRJSP es interpretando 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 aquellos 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 aquellos que trataron de hacer 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.

Otra cuestión crucial a resolver, conectada pero *distinta*, es la de si es exigible a los perjudicados, en los casos en que el daño derive de un acto administrativo que aplica una Ley contraria al Derecho comunitario, que hayan impugnado en plazo ante los tribunales nacionales el acto de aplicación (en otra terminología, que hayan buscado la «tutela judicial primaria»), alegando la disconformidad de la Ley con el Derecho de la Unión, y si una regla tal sería compatible con el principio de equivalencia. Como decimos, es una cuestión distinta, aunque el legislador español parezca confundirla cuando condiciona aparentemente la viabilidad de la acción indemnizatoria, en contra de la jurisprudencia comunitaria, a la preexistencia de una sentencia del TJUE que declare el incumplimiento y parece limitar

---

99. Al respecto, la STJUE de 24 de marzo de 2009, Asunto c-445/06, *Danske Slagterier*, recalca 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 comunitario imputable al Estado», principio establecido desde la Sentencia *Brasserie*. Y concluye que, por la misma razón, «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». Por esa misma razón, es admisible que opere en el Derecho nacional la regla de que la interposición de un recurso por incumplimiento no interrumpe la prescripción de la acción, incluso cuando sí tenga ese efecto un recurso de anulación contra el acto nacional que origina un daño. El principio de equivalencia no se vulnera por cuanto, en el Derecho de la Unión, la Comisión es libre de interponer o no recurso por incumplimiento. También por la misma razón cabe que el inicio del cómputo del plazo de prescripción sea el momento de producción del daño, y no el de declaración de la infracción o de su corrección.

los supuestos indemnizables a los casos de los perjudicados por aplicaciones de la Ley anteriores a la sentencia que trataron de hacer valer judicialmente su derecho. Estamos, decíamos, ante la cuestión de si la búsqueda de la «tutela judicial primaria» es una condición necesaria para la viabilidad de una posterior acción indemnizatoria y si, de no haberse perseguido, puede estimarse al conocer de la reclamación patrimonial que se ha moderado o roto el nexo de causalidad por culpa de la víctima o, en otros razonamientos que conduce al mismo resultado, por «desviación de procedimiento», o que el daño deriva de un «acto firme y consentido». Desde la óptica de la responsabilidad de las Instituciones comunitarias, el TJUE ha afirmado el principio de autonomía de la acción de responsabilidad firmemente asentado en la jurisprudencia comunitaria, y que sólo tiene como excepción los casos en que la reclamación coincide con el contenido económico de un acto que no se impugnó en plazo estando legitimado para ello, esto es, de una auténtica desviación de procedimiento<sup>100</sup>. Desde la óptica de la responsabilidad de los Estados, la cuestión no parece claramente resuelta.

El asunto se planteó en la Sentencia Transportes Urbanos, pero el TJUE, no consideró procedente entrar a valorarla puesto que, al no imponerse esa condición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por leyes inconstitucionales, tampoco podía exigirse respecto a la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión, por mor del principio de equivalencia. Sin embargo, como hemos visto, la nueva regulación legal sí la exige ya para la responsabilidad por leyes inconstitucionales, por lo que la cuestión ha vuelto a cobrar el máximo relieve, desde la perspectiva ya del principio de efectividad. El Abogado General que presentó sus Conclusiones a la mencionada Sentencia, *en un caso en que en realidad el daño se correspondía con el pago de ingresos indebido*, consideró que una regla nacional tal no se opondría al Derecho de la Unión, porque también se admite en el caso de la responsabilidad de las Instituciones precisamente porque responde a un principio general común al Derecho de los Estados miembros, conectado con la diligencia debida de la víctima y con la prohibición de desviación de procedimiento<sup>101</sup>. El supuesto

---

100. Por todas, STJUE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01, *Köbler*. En materia de responsabilidad de las Instituciones este principio también está sólidamente consolidado. Me remito a mi análisis en *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pp. 406-417.

101. Para el Abogado General POIARES MADURO, en sus Conclusiones de 9 de julio de 2009: «Subordinar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción normativa del Derecho comunitario al agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo que dio origen al perjuicio, adoptado sobre la base de la ley contraria al Derecho comunitario no parece, en sí mismo, contravenir el principio de efectividad de la protección jurisdiccional». Y ello porque si es cierto que esta condición no está incluida en la definición comunitaria de los requisitos de la responsabilidad, «se desprende de un principio general común a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que la determinación del perjuicio indemnizable por el juez nacional puede realizarse en función de la diligencia razonable manifestada por la persona perjudicada para limitar el alcance del perjuicio, es decir, el ejercicio, por parte de ésta, en tiempo

también se había suscitado, ya no en relación con el Derecho español, sino con el alemán, en el asunto *Danske Slagterier*, resuelto un año antes de la Sentencia Transportes Urbanos<sup>102</sup>. En la STJUE, el TJUE recuerda que la regla –del Derecho de la responsabilidad alemán– según la cual un particular no puede obtener reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre que sea razonablemente exigible al afectado conecta con el criterio, apuntado ya en su Sentencia *Brasserie*, conforme al cual a la hora de determinar si procede o no el otorgamiento de indemnización, el tribunal nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían, lo que en opinión del

---

oportuno de todas las acciones que en Derecho le correspondían para evitar el perjuicio o limitar su alcance. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que la admisibilidad de un recurso de responsabilidad extracontractual de la Comunidad puede someterse al agotamiento de las vías de recurso internas abiertas para obtener la anulación de la medida nacional origen del perjuicio, siempre que estas vías de recurso nacionales conduzcan a la reparación del daño alegado; y, por otro lado, que el recurso de indemnización interpuesto contra la Comunidad es inadmisibile cuando tiene por objeto la misma ilegalidad y persigue los mismos fines pecuniarios que el recurso de anulación del acto de la institución que causa el perjuicio y que la persona afectada ha omitido interponer en tiempo útil. Ello es así, en ambos casos, si el importe de la indemnización reclamada corresponde al importe de la cantidad que la autoridad nacional o comunitaria ha percibido al infringir el Derecho comunitario. De este modo, el Tribunal de Justicia opone de alguna manera al recurso de indemnización una excepción de recurso paralelo, en la medida en que el recurso de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente –es decir, si se prefiere, el recurso de anulación de la medida impositiva nacional o comunitaria ante la autoridad nacional o comunitaria– haya permitido reparar el perjuicio de manera adecuada y en que el recurso de indemnización encubre en realidad una acción de recuperación de cantidades abonadas indebidamente. Ahora bien, el Tribunal de Justicia también ha declarado 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 autoridad que origina el daño”. Pues bien, considera que, en este caso, ejerciendo en tiempo y forma la acción de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente el ciudadano podría haber obtenido la reparación que demanda en el litigio principal, y que el plazo de cuatro años fijado en la legislación española es razonable y no es contrario al principio de efectividad que también impone la jurisprudencia comunitaria en materia, no ya de responsabilidad, sino de ejercicio de acción de los ingresos públicos obtenidos como consecuencia de una infracción del Derecho comunitario (de hecho, en la jurisprudencia comunitaria se ha considerado que un plazo de tres años tampoco lo es). Y ello por cuanto, al igual que ocurre en materia de responsabilidad, el ejercicio de la *condictio indebiti* no tiene como requisito la previa declaración del TJUE de la contradicción de la Ley nacional con el Derecho comunitario.

102. STJUE de 24 de marzo de 2009, Asunto c-445/06.

TJUE es un principio general común a los Derechos de los Estados miembros, como ha admitido en su jurisprudencia sobre responsabilidad de las Instituciones. Ahora bien, continúa, «sin embargo, sería contrario al principio de efectividad obligar a los perjudicados a ejercitar simultáneamente todas las acciones de que dispongan aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten, a la vista de las circunstancias del caso, que corresponde apreciar al tribunal nacional»<sup>103</sup>. Sigue en todo ello las Conclusiones de su Abogada General Trstenjak, de 4 de septiembre de 2008, que precisaba que la falta de recurso a la primera tutela judicial posible en general y conforme a la jurisprudencia comunitaria no da origen a la exclusión general del derecho a reclamarla, que sólo podría contemplarse de manera excepcional, sino a la aminoración de la responsabilidad. Por tanto, condicionamiento a las circunstancias y regla general de la minoración que están ausentes en la nueva regulación legal española y en el análisis doctrinal más extendido.

También suscita objeciones de compatibilidad con el Derecho de la Unión la regla, de nuevo trasladada miméticamente desde el contexto de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, según la cual sólo son indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que pone de relieve la contradicción de la ley española con el Derecho de la Unión, salvo que la sentencia disponga otra cosa. Y ello por cuanto, por una parte, como se ha dicho, la jurisprudencia descarta la exigencia de sentencia comunitaria que declare previamente la infracción. Y, además, establece de forma nítida que sólo excepcionalmente el TJUE, y no los tribunales, puede limitar en el tiempo los efectos de las sentencias que declaran la disconformidad de las leyes nacionales con el Derecho de la Unión, siendo la regla en caso contrario la de los efectos *ex tunc*<sup>104</sup>. No

103. Enlaza aquí con su sentencia de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 106, en que declaró que el ejercicio de los derechos que las disposiciones de Derecho comunitario directamente aplicables confieren a los particulares sería imposible o excesivamente difícil si sus acciones de restitución o de indemnización basadas en la violación del Derecho comunitario se desestimaran o redujeran simplemente porque los particulares no habían solicitado disfrutar del derecho que la ley nacional les denegaba, para oponerse a la negativa del Estado miembro mediante la utilización de los cauces jurídicos establecidos al efecto, invocando la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario.

104. Como expone E. COBREROS MENDAZONA en un reciente y esclarecedor trabajo («Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, 2016, pp. 67-102), en el Derecho de la Unión el principio general es la eficacia retroactiva, los efectos *ex tunc*, de las sentencias dictadas en recursos por incumplimiento y en cuestiones prejudiciales en interpretación. Sólo de forma muy excepcional y nunca de oficio el TJUE limita el alcance temporal de los efectos de sus sentencias, *ex nunc*, porque una limitación general tal pugnaría contra las bases mismas de los principios de primacía y de directa aplicación del Derecho de la Unión, en la medida en que supondría que el incumplimiento estatal no tendría consecuencias hasta que el TJUE no lo declarase y equipararía a los Estados que cumplen con los que no, e incluso daría ventajas a los segundos. Sólo cuando concurren un riesgo de dificultades graves por las repercusiones económicas o financieras para las arcas del Estado

puede hacerlo, tampoco, el propio legislador nacional, como también ha apuntado el TJUE, eso sí, al enjuiciar una ley *ad hoc*, no una regulación general, y en el contexto de las acciones de recuperación del indebido, donde se fraguaron los principios de equivalencia y efectividad, que éste último se opone a que una ley prive «pura y simplemente» del derecho a los afectados<sup>105</sup>.

---

por los pagos a que daría lugar una sentencia con efectos *ex tunc* y concurre la buena fe del Estado incumplidor en un contexto de dificultad de interpretación de sus obligaciones cabe la aplicación de esta excepción. Se trata de casos de prestaciones sociales, pensiones, impuestos, etc., contrarios al Derecho de la Unión, y el ejercicio de esta facultad se fundamenta siempre en el principio de seguridad jurídica, aunque en realidad debe leerse de protección de las arcas públicas. En efecto, como señala E. COBREROS MENDAZONA, la apelación a la seguridad jurídica no se utiliza para mantener situaciones ventajosas para ciudadanos sino que se invoca mayoritariamente por los Estados. Y cuando se aplica, se hace, como reitera la jurisprudencia, siempre con la cautela de que «si bien las consecuencias prácticas de toda decisión deben sopesarse cuidadosamente, no se puede llegar hasta el punto de influir en la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura por causa de las repercusiones que pudiera tener una Sentencia respecto de las situaciones pasadas». Como precisa la jurisprudencia, han de concurrir ambos requisitos (repercusiones económicas y excusabilidad), pues de lo contrario, las violaciones más graves —en sus consecuencias económicas y en su inexcusabilidad— tendrían un trato más favorable, lo que comportaría una notable reducción de la garantía jurisdiccional de los derechos que a los ciudadanos confiere el Derecho de la Unión. Obsérvese que ello significa que si concurre lo que en la terminología de la responsabilidad se califica como una «violación suficientemente caracterizada» el TJUE nunca limita en el pasado el alcance de sus sentencias. En fin, como concluye el autor, la limitación de efectos no tiene respaldo expreso en los tratados, ha tenido un «uso moderadísimo» y no ha despertado gran entusiasmo en la doctrina, sino más bien reticencias (p. 99).

105. En la STJUE de 2 de febrero de 1988, Asunto C-309/85, Bruno Barra, se enjuiciaba la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una ley aprobada para eliminar las consecuencias de los efectos retroactivos de una sentencia interpretativa previa del TJUE que obligaban a un Estado a la devolución de cantidades indebidamente exaccionadas. EL TJUE afirmó en su FJ 13 lo siguiente: «[...] según jurisprudencia constante de este Tribunal, tal limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada. La exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho comunitario implica que el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que han de aplicarse a la interpretación dada por él»). En todo caso, y en conexión con esto último, creo importante precisar que, a mi juicio, sería importante deslindar, tanto en la responsabilidad del legislador por la aplicación de leyes inconstitucionales como por aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión la auténtica acción de responsabilidad de la acción de devolución de tributos indebidamente pagados. Se trata de acciones que tienen en el Derecho europeo y comparado condiciones sustantivas y procesales propias, y respecto de las que la jurisprudencia comunitaria exige también la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad (sobre el tema, me permito remitirme a mi exposición en *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pp. 611-642). Nótese que la mayor parte de las reclamaciones de responsabilidad del legislador formuladas ante los tribunales españoles, sea por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión, respondían en realidad a este esquema y la pretensión se identificaba con la devolución de lo indebidamente cobrado.

A todo ello se le suma que, además, el régimen legal se predica sólo de uno de los posibles géneros de responsabilidad del legislador por infracción del Derecho de la Unión: aquél en el que el daño trae causa de la aplicación por la Administración española de una ley contraria al Derecho comunitario<sup>106</sup>. Pero, ¿qué hay de las omisiones legislativas, como la no transposición de directivas, supuesto señero por cierto que dio origen al reconocimiento del principio de responsabilidad estatal? ¿o de las leyes contrarias al Derecho de la Unión que no son objeto de aplicación administrativa, sino que regulan relaciones entre particulares?

A mi juicio, en conclusión, el legislador de la Ley 40/2015 ha demostrado un desconocimiento notable de la materia a regular e incluso de dónde regularla<sup>107</sup>.

---

106. Apartado tercero: «Cuando los daños deriven de la *aplicación* de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea». Apartado quinto: «Si la lesión es consecuencia de la *aplicación* de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un *recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño*».

107. Recuérdese que en teoría esta Ley regula las relaciones «ad intra» de la Administración...