

OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR LA APLICACIÓN DE UNA LEY CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*

EDORTA COBREROS MENDAZONA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Revista Española de Derecho Europeo 49
Enero – Marzo 2014
Págs. 127 – 149

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU APLICACIÓN. A. *Observaciones preliminares*. B. *Su contenido*. C. *La remisión a los cauces procedimentales estatales para ejercer la acción indemnizatoria*. D. *La asunción de este principio por nuestra Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. II. LA APLICACIÓN DE UNA LEY ESTATAL QUE DESPUÉS EL TRIBUNAL DE JUSTICIA CONSIDERA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. III. LA ADMISIBILIDAD DE LA RECLAMACIÓN INDEMNIZATORIA PESE A NO HABERSE RECURRIDO EL ACTO DE APLICACIÓN DE LA LEY CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: INCIDENCIA DE LA DOCTRINA TRANSPORTES URBANOS. A. *La objeción previa de inadmisibilidad*. B. *Excurso sobre la doctrina Transportes Urbanos del Tribunal de Justicia de Luxemburgo*. C. *Consecuencia de lo anterior: la admisibilidad a trámite de la reclamación*. IV. LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS SUSTANCIALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA «VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA». A. *Los tres requisitos*. B. *El concepto de «violación suficientemente caracterizada» en el Derecho de la Unión Europea*. C. *La aplicación al caso*. V. CONCLUSIÓN: PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN A CARGO DEL ESTADO.

RESUMEN: En aplicación del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por su

ABSTRACT: According to the principle of State liability for the breach of EU Law, the Spanish

* Proyecto de Investigación DER2010-19715, subprograma JURI, y Grupo de Investigación GIC IT662-13 (incluido en la UFI 11/05).

incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal Supremo ha condenado a la Administración del Estado al pago de una determinada cantidad en concepto de indemnización, a favor de una empresa que había tenido que pagar un tributo establecido en una Ley española que, con posterioridad, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo consideró contrario a una Directiva.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento del Derecho de la UE; Responsabilidad patrimonial del Estado.

Supreme Court sentenced the State Administration to pay a specific amount of money as compensation in favor of a company that had paid a tax as stipulated in a Spanish Act which was subsequently considered contrary to a Directive by the Court of Justice of Luxembourg.

KEYWORDS: Breach of EU Law; State liability.

Fecha recepción original: 25 noviembre 2013

Fecha aceptación: 8 diciembre 2013

I. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU APLICACIÓN

A. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Antes de abordar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo objeto más directo de este trabajo¹ debemos precisar el marco jurídico concreto que la posibilita y condiciona.

En este sentido, hay que comenzar por señalar que el establecimiento del principio consistente en que los Estados miembros deben indemnizar a los particulares si les producen un daño por causa de su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, así como sus concreciones ulteriores, ha sido un producto exclusivamente jurisprudencial. En efecto, sin apoyo expreso alguno en los Tratados, ha sido la meritoria labor del Tribunal de Justicia la que ha puesto en pie este nuevo fundamento de la integración jurídica europea².

Además, una vez entronizado, este principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por causa de su incumplimiento del Derecho de la Unión se situará ya, por parte de las Instituciones de la Unión Europea, entre los principios jurídicos básicos que regulan la interacción con los ordenamientos estatales³. Situados en un registro estrictamente jurisdiccional, el propio Tribu-

1. *STS de 2 de octubre de 2012*, rec. núm. 508/2011 (Ponente Menéndez). A no confundir con otra de la misma fecha y Ponente, rec. núm. 513/2011, también en solicitud de indemnización por el mismo título, pero diferente y con resultado desestimatorio.
2. Para mayores detalles valga la remisión a COBREROS MENDAZONA, E., «El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (Construcción y elementos en el ordenamiento europeo y su aplicación por el ordenamiento estatal)», en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.) y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. (Las Fuentes y Principios del Derecho de la Unión Europea)*, Aranzadi, Cizur Menor, vol. IV, 2011, pp. 601-663.
3. Buena prueba de ello la tenemos en los *Informes Anuales* —que comienzan a elaborarse en 1984 atendiendo, inicialmente, a una invitación efectuada en tal sentido el año anterior por el propio Parlamento a la Comisión (Resolución del Parlamento Europeo de 9 de febrero de 1983)— que realiza la Comisión para presentarlos al Parlamento Europeo y

nal de Justicia, en una destacada resolución⁴, ha caracterizado recientemente a este principio como constitutivo de una de las funciones «esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados»⁵.

Pero, conviene evitar, ya de entrada, cualquier equívoco: no se trata de la responsabilidad de los Estados *frente a las Instituciones de la Unión* en caso de incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea, sino de la que surge *ante los particulares perjudicados* por tal actuación (u omisión). Aquélla, a diferencia de ésta, aunque pueda tener indirectas repercusiones, no se activa por la lógica del resarcimiento⁶, que es la que aquí interesa⁷. Además, el incumplimiento estatal frente a la Unión es de carácter objetivo, pues se refiere a cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones contraídas en los Tratados, mientras que el que tiene repercusiones patrimoniales requiere

donde la aplicación de este principio por parte de las jurisdicciones estatales ha merecido atención destacada. Posteriormente, con la Declaración 19 (relativa a la aplicación del Derecho Comunitario), aneja al Tratado de la Unión Europea de 1992, será la Conferencia Intergubernamental la que le invite a la Comisión a que publique periódicamente un informe completo dirigido tanto a los Estados miembros como al Parlamento Europeo. Es más, durante bastante tiempo (exactamente desde 1996 a 2006, ambos inclusive), la preocupación por la aplicación de este principio hizo que tuviera un apartado específico entre el objeto de control más genérico que era la «Aplicación del Derecho comunitario por las jurisdicciones nacionales».

Animada por esta misma preocupación, en su Comunicación «Una Europa de resultados. La aplicación del Derecho comunitario» (de 5 de septiembre de 2007, COM [2007] 502), tras señalar que «la concreta aplicación del Derecho comunitario depende de que las autoridades nacionales tomen las decisiones adecuadas», la propia Comisión anunció que publicaría «un documento explicativo sobre la jurisprudencia del Tribunal relativa a las indemnizaciones por violación de derechos conforme al Derecho comunitario». Este útil documento (fechado el 15 de julio de 2009) vio la luz bajo el título de «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre daños y perjuicios en relación con la violación del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros».

4. Se trata de su Dictamen 1/09, de 8.3.2011, emitido por el Pleno (para lo que el Tribunal tuvo que recurrir a la posibilidad prevista en el art. 16 ETJ, para «cuando considere que un asunto del que conoce reviste una importancia excepcional»), tras oír en reunión reservada a todos los Abogados Generales y habiendo efectuado observaciones (contrapuestas), además del Consejo, de la Comisión y del Parlamento, otros veintiún Estados miembros.
5. *Dictamen* cit., apdos. 85 y 89.
6. Como ha dicho con claridad y desde el principio el propio Tribunal de Justicia, «el procedimiento previsto en el artículo [260 TFUE], apartado 2, es un proceso judicial especial, propio del Derecho comunitario, que no puede asimilarse a un proceso civil. La condena al pago de una multa coercitiva o de una suma a tanto alzado no tiene por objeto indemnizar el perjuicio que haya podido causar el Estado miembro de que se trate, sino ejercer una presión económica que le induzca a poner fin al incumplimiento declarado. Por consiguiente, las sanciones pecuniarias impuestas deben determinarse en función del grado de persuasión necesario para que dicho Estado miembro modifique su comportamiento» (STJ de 12.7.2005, as. *Comisión c. Francia*, C-304/02, apdo. 91).
7. También lo ha reconocido claramente el Tribunal de Justicia: «la responsabilidad de un Estado miembro basada en el Derecho comunitario no tiene como objetivo la disuasión o la imposición de una sanción, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros» (STJ de 17.4.2007, as. *AGM.–COS.MET*, C-470/03, apdo. 88).

la existencia de otros requisitos específicos. En fin, sus cauces jurídicos son radicalmente distintos: en el primer caso, el medio más usual es el proceso (declarativo) de incumplimiento (*ex arts. 258 a 260 TFUE*) ante el Tribunal de Justicia (en determinados supuestos, seguido de una condena a una multa coercitiva y/o a tanto alzado, en virtud del apartado 2 del art. 260 TFUE); mientras que, en el supuesto que ahora nos ocupa, su materialización habrá de articularse y obtenerse por las vías «internas» (esto es, las establecidas en y por cada Estado) para la reparación del daño.

Ahora bien, esta autonomía funcional de ambos aspectos no implica la absoluta incomunicación. En efecto, hay que reconocer que en la construcción del principio que ahora nos ocupa, la existencia previa de una declaración de incumplimiento ha facilitado mucho las cosas. La contrastada experiencia de las demandas contra los Estados incumplidores por parte del la Comisión ante el Tribunal de Justicia⁸ le permitió a éste adentrarse con mayor seguridad en esta nueva dimensión de la incidencia del Derecho de la Unión en el de sus Estados miembros.

B. SU CONTENIDO

Dado que la elaboración jurisprudencial –cuyos hitos principales son la *Sentencia Francovich y Bonifaci*⁹, la *Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame*¹⁰ y la *Sentencia Köbler*¹¹– resulta suficientemente conocida, aquí haremos referencia exclusivamente a los aspectos de este principio del Derecho de la Unión Europea que resulten más relevantes para comprender mejor su aplicación por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario.

A estos efectos, los tres requisitos sustantivos o de fondo establecidos por el Derecho de la Unión Europea con carácter acumulativo son: a) que la norma jurídica incumplida tenga por objeto conferir derechos a los particulares (*lato sensu* interpretado este requisito); b) que la violación esté suficientemente caracterizada (aspecto sobre el que volveremos con detenimiento un poco más adelante); y, por último, c) que exista una relación de causalidad (directa) entre la infracción estatal y el daño sufrido por los particulares¹².

Estos tres requisitos «son necesarios y suficientes» para generar el derecho

8. Con ciertas matizaciones para el caso de los incumplimientos estatales originados por el poder judicial (al respecto, *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., «La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario», *REDE*, nº 10, 2004, espec. pp. 291 a 299).
9. De 19.11.1991, C-6 y 9/90, dictada por el Pleno del Tribunal en cuestiones prejudiciales interpretativas solicitadas por sendos juzgados italianos.
10. De 5.3.1996, C-46 y 48/93, también dictada por el Pleno del Tribunal en cuestiones prejudiciales interpretativas solicitadas por el *Bundesgerichtshof* alemán y la *High Court of Justice* del Reino Unido, respectivamente.
11. De 30.9.2003, C-224/01, asimismo dictada por el Pleno del Tribunal en una cuestión prejudicial interpretativa solicitada por el *Landesgericht für Zivilrechtssachen* de Viena.
12. Desde la sentencia *Brasserie*, *cit.*, apdo. 51, esto se repite constantemente por el Tribunal de Luxemburgo.

a una indemnización con cargo al Estado¹³. De tal manera que el principio indemnizatorio por causa del incumplimiento estatal del Derecho de la Unión Europea resulta indisponible para los Estados: desde los ordenamientos estatales ni podrá eludirse o suprimirse, ni podrán establecerse otros requisitos adicionales para su obtención. Es, así, *autónomo* con respecto a las previsiones estatales, es *obligatorio* para los ordenamientos estatales y tiene carácter de *mínimo* o solamente mejorable (pero no restringible) por parte de las disposiciones estatales aplicables.

C. LA REMISIÓN A LOS CAUCES PROCEDIMENTALES ESTATALES PARA EJERCER LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Aunque los requisitos materiales o sustanciales vienen establecidos por el Derecho de la Unión Europea¹⁴, el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria contra el Estado habrá de hacerse en el marco del Derecho estatal en materia de responsabilidad¹⁵. Así lo estableció, desde un comienzo, el Tribunal de Luxemburgo: «En efecto, a falta de una normativa comunitaria [inexistente entonces y también ahora, podemos precisar], corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario»¹⁶.

Pero esta remisión a los cauces o vías internos de cada ordenamiento estatal la acompaña el Tribunal de Justicia de una prevención expresa, que no es sino la explicitación de los conocidos principios del Derecho de la Unión Europea de *equivalencia* y *efectividad*, verdadero contrapunto al ejercicio de la autonomía institucional y procedimental de los Estados¹⁷: «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 [principio de equivalencia] y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización [principio de efectividad]»¹⁸.

Así, pues, en nuestro caso (y con la salvaguarda anterior), el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria se efectuará, primero en vía administrativa

13. Sentencia *Brasserie*, cit., apdo. 66.

14. El derecho a la indemnización «está basado directamente en el Derecho comunitario», se encargó de enfatizar el Tribunal de Justicia ya en la sentencia *Franovich*, cit., apdo. 41.

15. En nuestro caso –lo podemos adelantar ya–, a partir de las previsiones establecidas por los arts. 139 ss. LRJPAC.

16. Sentencia *Franovich*, cit., apdo. 42 y sentencia *Brasserie*, cit., apdo. 67.

17. Cuyo fundamento último –el de los principios de equivalencia y efectividad, se entiende– reposaría en el principio de cooperación leal. *Vid.*, al respecto, el reciente e interesante análisis crítico de ARZOY SANTISEBAN, X., «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *RAP*, n° 191, 2013, pp. 159 ss.

18. Sentencia *Franovich*, cit., apdo. 43 y sentencia *Brasserie*, cit., apdo. 67.

y, en caso de disconformidad con lo resuelto (de manera expresa o tácita), posteriormente en vía contencioso-administrativa. Como ha sido, por lo demás, el itinerario seguido en el caso objeto de este trabajo.

D. LA ASUNCIÓN DE ESTE PRINCIPIO POR NUESTRA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Pero, antes de comentar la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora más interesa, conviene contextualizar el momento en el que se ha producido. En este sentido, la asunción por nuestros tribunales de este «nuevo» (en su momento, obviamente) título de imputación de la responsabilidad del Estado se ha efectuado –al menos, en el plano teórico– de una manera que no ha sido en absoluto traumática, sino más bien de una forma relativamente sencilla. Desde la privilegiada posición que ocupa, el Consejo de Estado ha considerado que este principio «ha sido recibido en el Derecho español de forma pacífica» y «sin especiales objeciones en la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo»¹⁹.

Para mayor precisión, podemos decir que –salvo error– en el orden contencioso-administrativo la primera decisión que resuelve un recurso de esta índole es una *Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998*²⁰, desestimatoria de la demanda²¹.

En cuanto al Tribunal Supremo, la primera Sentencia que resuelve directamente un recurso contencioso-administrativo con este tipo de pretensión indemnizatoria es la *Sentencia de 10 de julio de 1999*, también desestimatoria de la demanda²².

19. *Informe sobre la Inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español (de 14 de febrero de 2008)*. Consejo de Estado. Madrid, 2008, pp. 234 y 262, respectivamente.
20. Rec. núm. 1287/1995 (Ponente Mangas), que tiene por objeto una resolución administrativa denegatoria de una petición de indemnización, formulada el 30 de diciembre de 1993 –dato temporal que se aporta para advertir de la rápida atención que la doctrina *Franovich* (de noviembre de 1991, como ya sabemos) despertó en nuestro mundo profesional del foro–, ante el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, con fundamento directo en el principio aquí analizado.
21. Por considerar que faltaba la premisa básica, cual es el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea; lo que sería ratificado por el Tribunal Supremo unos años más tarde (en su *Sentencia de 25 de enero de 2003*, rec. núm. 8376/1998, Ponente Peces Morate). El mismo asunto –la prohibición administrativa de realizar un servicio de línea regular de transporte marítimo entre España y Marruecos– daría lugar también a otras dos sentencias de la Audiencia Nacional, cercanas en el tiempo y de idéntico sentido desestimatorio (*SSAN de 2 de diciembre de 1998*, rec. núm. 168/1996, Ponente Guerra, y de *6 de octubre de 1999*, rec. núm. 1118/1994, Ponente Quintana). Asimismo, posteriormente ratificadas por el Tribunal Supremo (*SSTS de 22 de octubre de 2003*, rec. núm. 753/1999, Ponente Martínez-Vares) y de *8 de marzo de 2004*, rec. núm. 8621/1999, Ponente Lecumberri).
22. Rec. núm. 404/1995 (Ponente Peces). Se trataba de una solicitud de indemnización por daños derivados de la entrada en vigor del Acta Única Europea, con respecto a los agentes de aduanas, denegada por considerar que tampoco hubo incumplimiento estatal ninguno.

La primera Sentencia que otorga una indemnización de esta clase (de casi tres millones de pesetas) es la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2000*²³.

Pero, de los fallos estimatorios habidos, la Sentencia que ha sido siempre más destacada es la *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003*²⁴. Su importancia se debe tanto a lo abultado de la indemnización concedida a la recurrente, Canal Satélite Digital SA (más de cuatro mil cuatrocientos millones de pesetas; si bien debe precisarse que tal cantidad constituía la cuarta parte de lo solicitado), como a las implicaciones político-mediáticas que tuvo el caso en su momento.

Con posterioridad, se han producido otros varios pronunciamientos estimatorios, prácticamente en su totalidad relacionados también con la materia impositiva: el más reciente, «sustancialmente igual» –en palabras del propio Tribunal Supremo– al que ahora comentamos²⁵.

II. LA APLICACIÓN DE UNA LEY ESTATAL QUE DESPUÉS EL TRIBUNAL DE JUSTICIA CONSIDERA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El presupuesto de hecho indubitado del que parte la Sentencia es el de la aplicación a un caso concreto de las previsiones tributarias contenidas en un artículo de una Ley²⁶ que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en Sentencia dictada en recurso directo por incumplimiento (en la actualidad, *ex art. 258 TFUE*)²⁷, consideraría contrarias al (entonces) Derecho comunitario²⁸.

23. Rec. núm. 37/1997 (Ponente Mangas). Y lo hace tras constatar el perjuicio sufrido por el solicitante por la no incorporación al ordenamiento español (en la parte que le afectaba) de la misma Directiva que había sido objeto de consideración en la ya mencionada sentencia *Francovich* y en la posterior sentencia *Wagner Miret*, de 16.12.1993, C-334/92 (dictada en cuestión prejudicial, planteada precisamente para un caso como el que ahora resolvía la Audiencia Nacional, por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña); falta de incorporación que le significó al recurrente (directivo de una empresa) la no cobertura por el Fondo de Garantía Salarial de sus créditos salariales impagados.
24. Rec. núm. 46/1999 (Ponente Sieira). El fundamento último del fallo estimatorio hay que buscarlo en la incorrecta incorporación al ordenamiento español de la Directiva sobre transmisión de señales de televisión; incumplimiento adverado por el propio Tribunal de Justicia en su sentencia *Canal Satélite Digital*, de 22.1.2002, C-390/99 (contestando a una cuestión planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo). La Sentencia es extensísima, dedicando mucho espacio al tratamiento del Derecho de la Unión, con manejo de primera mano de la jurisprudencia luxemburguesa, si bien también hay que reconocer que adolece de una cierta confusión en la prolijidad de sus planteamientos.
25. Como es el resuelto por la *STS de 20 de noviembre de 2013*, rec. núm. 267/2011 (Ponente Trillo), donde también se declara el derecho a una indemnización, en este caso de doscientos mil euros (con sus correspondientes intereses de demora).
26. Se trata del art. 20 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (en adelante TRLITPAJD), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.
27. Nos referimos a la sentencia *Comisión c. España*, de 9.7.2009, C-397/07.
28. Por contraponerse a lo dispuesto Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de

Conviene advertir que las autoliquidaciones practicadas por la empresa alemana²⁹, a tenor de lo previsto por la Ley impositiva española³⁰, se efectuaron a comienzos de 2003 y la declaración de incumplimiento se produjo seis años y medio más tarde.

Pues bien, lo que ahora resuelve el Tribunal Supremo es, precisamente, la posterior solicitud, en concepto de indemnización por el perjuicio económico sufrido por la aplicación de la Ley contraria al Derecho de la Unión Europea, de la exacta cantidad ingresada en tales autoliquidaciones (más los intereses legales). Pretensión articulada inicialmente en vía administrativa ante el Consejo de Ministros³¹, como reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, contra cuya resolución desestimatoria expresa se formula el recurso contencioso-administrativo³².

Ya se adelanta que la Sentencia estimará íntegramente el recurso interpuesto por la mercantil demandante. Pero, antes, tendrá que sortear algunos obstáculos formales planteados y, después, deberá interpretar y aplicar al caso los requisitos sustanciales del principio de la responsabilidad extracontractual de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión.

III. LA ADMISIBILIDAD DE LA RECLAMACIÓN INDEMNIZATORIA PESE A NO HABERSE RECURRIDO EL ACTO DE APLICACIÓN DE LA LEY CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: INCIDENCIA DE LA DOCTRINA «TRANSPORTES URBANOS»

A. LA OBJECCIÓN PREVIA DE INADMISIBILIDAD

La representación de la Administración del Estado plantea de entrada una objeción preliminar consistente en que, en el origen del recurso, se encuentran unos actos firmes por consentidos (al no haber sido recurridos en su momento), con lo que –en opinión del Abogado del Estado– deberían entrar en juego las

1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, en su versión modificada por las Directivas 73/79/CEE del Consejo, de 9 de abril de 1973, 73/80/CEE del Consejo, de 9 de abril de 1973, y 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985.

En 2008 (pero con efectos desde el 1 de enero de 2009) a este precepto se le añadió un segundo párrafo para acomodarlo, precisamente, al caso de las empresas con domicilio social y sede efectiva en un país miembro de la Unión Europea y, así, sus operaciones societarias quedar excluidas del gravamen, con lo cual se eliminaba la contradicción con el ordenamiento supranacional.

29. Una sociedad constituida conforme a la legislación de aquel país, cuyo objeto era la gestión de fondos inmobiliarios, con domicilio social y sede de dirección efectiva en Frankfurt y que, en enero de 2003, constituyó una sucursal en España.
30. Por constitución de la sucursal en España y por aportaciones adicionales de capital a la misma, ingresando a la Hacienda, en total, la cantidad de 1.444.786,11 €.
31. Con fecha 8 de julio de 2010, según se recoge en la propia sentencia (FJ Primero).
32. Directamente ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en única instancia, según requiere el art. 12.1,a) LJCA.

previsiones del art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que no permiten la revisión de los mismos³³, lo que, siguiendo la inercia de planteamientos anteriores, implicaría la ruptura del nexo causal.

El Tribunal Supremo no admitirá tal objeción. Pero, para entender debidamente su negativa –porque, con anterioridad, sí que la había admitido profusamente–, debemos explicar las causas de esta (relativamente novedosa) interpretación. Y ello nos exige abordar una intervención previa del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que afecta precisamente al núcleo de esa cuestión, y que aquí, para entendernos, podemos denominar su doctrina *Transportes Urbanos*.

B. EXCURSO SOBRE LA DOCTRINA «TRANSPORTES URBANOS» DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LUXEMBURGO

Desde su toma de postura en la *Sentencia de 29 de enero de 2004*³⁴ –continuada, entre otras, por ejemplo en la *Sentencia de 24 de mayo de 2005*³⁵–, el Tribunal Supremo venía rechazando expresamente trasladar la construcción sobre la responsabilidad por Ley inconstitucional³⁶ al caso de la responsabilidad por Ley incompatible con el Derecho de la Unión³⁷.

Resumidamente dicho, para el Tribunal Supremo, al contrario de lo que sucedía con los *actos de aplicación de una Ley después declarada inconstitucional* –en donde no puede considerarse una carga exigible al particular que, con la finalidad de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una Ley, tenga que recurrir un acto adecuado a la misma, aduciendo su inconstitucionalidad (por la presunción de constitucionalidad de que goza la Ley y porque los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad)–, en el

33. El contenido de lo dispuesto en este precepto es el siguiente: «1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirá revisar los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

34. Rec. núm. 52/2002 (Ponente Sieira).

35. Rec. núm. 73/2003 (Ponente Lecumberri).

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

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

caso de *actos de aplicación de una Ley después considerada incompatible con el Derecho de la Unión Europea*, el particular sí que era titular de una acción para invocar ante los Tribunales la contradicción entre el ordenamiento estatal y el de la Unión –según la conocida construcción del principio de la primacía aplicativa del Derecho supranacional– y, por lo tanto, podía (y debía) recurrir el acto de aplicación que considerara incumplidor del Derecho de la Unión.

La consecuencia de esta interpretación jurisprudencial era que, si no se había producido esa reacción (que podría haber reparado la indebida aplicación del precepto estatal y, con ella, el daño), con posterioridad no se podía pedir indemnización por el perjuicio sufrido a causa de la aplicación del acto basado en una Ley incompatible con el Derecho de la Unión. Todo ello a diferencia de lo ocurrido con los actos de aplicación de una Ley declarada inconstitucional, que sí podían ser compensados ejerciendo la acción de indemnización en el plazo de un año desde la publicación de la Sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad³⁸.

Por lo tanto, si no se hubiera hecho esto último (recurrir el acto), la doctrina del acto firme y consentido, unida al principio de seguridad jurídica, se imponía y, a diferencia de lo establecido en las sentencias recaídas sobre ingreso indebido del gravamen complementario (*en aplicación de una Ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional*), al no impugnar el acta de conformidad, el recurrente estaba obligado a soportar el perjuicio irrogado *por la aplicación de una Ley contraria al Derecho de la Unión*. Consecuencia de todo ello será que, negando la existencia de violación suficientemente caracterizada y la relación de causalidad, el Tribunal Supremo desestimaré las pretensiones indemnizatorias basadas en el cobro indebido del IVA, realizado a partir de una Ley española considerada incompatible con el Derecho de la Unión³⁹.

Esta interpretación –de la que hay que reconocer que, aisladamente o en abstracto considerada, no carecía de algún fundamento⁴⁰– fue ampliamente criticada por sus consecuencias, ya que, en definitiva, suponía tratar a las reclamaciones indemnizatorias *ex iure europeo* de una manera mucho más estricta que a las que traían causa del propio ordenamiento constitucional.

Adicionalmente podemos indicar también que otra vía intentada para estos

-
38. Para este último aspecto –el del plazo de reclamación–, parece que la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2012*, rec. núm. 245/2008 (Ponente Enríquez) ha venido a clarificar definitivamente criterios no muy coincidentes, según las circunstancias previas del caso. *Vid.* el comentario a esta Sentencia de la Sala Tercera de QUINTANA CARRETERO, J. P., «La responsabilidad del Estado Legislador por la inconstitucionalidad de las leyes: plazo de prescripción, incidencia de la cuestión sobre la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario», *Poder Judicial*, nº 93, 2012, pp. 75 ss.
39. Incompatibilidad constatada fehacientemente por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Gabalfrisa*, de 21.3.2000, C-110 y 147/98, y posteriormente en su sentencia *Comisión c. España*, de 6.10.2005, C-204/03.
40. *Vid.* ORRIOLS SALLÉS, M. A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 17 de septiembre de 2010», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y Justicia...*, *op. cit.*, vol. I, espec. pp. 1897 ss.

supuestos de incompatibilidad «sobrevenida» de la Ley estatal con el Derecho de la Unión, como fue la del recurso extraordinario de revisión, tampoco resultó admitida por el Tribunal Supremo, para quien «una sentencia de cualquier Tribunal de fecha posterior no puede considerarse como documento a efectos de admisión del recurso de revisión (...), incluso aunque proceda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse»⁴¹.

Ahora bien, en un momento dado, ante uno de los muchos asuntos que se le habían planteado recurriendo la negativa gubernamental a la indemnización solicitada por la aplicación de la Ley española contraria a la Directiva, el propio Tribunal Supremo decidió «cuestionarse a sí mismo» ante el Tribunal de Justicia⁴², requiriéndole sobre la compatibilidad de su interpretación y aplicación (que ya hemos visto) con los principios del ordenamiento de la Unión de equivalencia y de efectividad, precisamente⁴³.

Así es como se produce la *Sentencia Transportes Urbanos*⁴⁴ en la que el Tribunal de Luxemburgo llegará a la conclusión de que tal diferencia de régimen –esto es, el diverso tratamiento procedimental entre las indemnizaciones solicitadas con base en una Ley posteriormente declarada inconstitucional (para las que la reclamación indemnizatoria tiene de plazo el año desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional estimatoria del recurso o de la cuestión) y las solicitadas con base en una Ley posteriormente constatada como incompatible con el Derecho de la Unión Europea (para las que se requería, en todo caso, la reacción dentro del año de producida la lesión, no computándose el plazo desde la Sentencia del Tribunal de Justicia)– es *incompatible con el*

41. *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2007*, rec. núm. 9/2006 (Ponente Frías).

42. *Auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008*, rec. núm. 153/2007 (Ponente Robles).

43. Se ocuparon inmediatamente del planteamiento de este asunto RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., «La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE (A propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)», *La Ley*, nº 6936, de 30.4.2008; y ALONSO GARCÍA, R., «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho Comunitario: a propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)», *Cuadernos de Derecho Local*, nº 19, 2009, pp. 175 ss.

44. De 26.1.2010, C-118/08. Se han hecho eco de esta sentencia, entre otros, ALONSO GARCÍA, M^a. C., «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 12, 2010, pp. 74 ss.; CORTESE, F., «Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010-5, pp. 1304 ss.; RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., «La responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010», *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2010, pp. 1000 ss.; y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado», *Common Market Law Review*, 2010-6, pp. 1847 ss.

*principio de equivalencia*⁴⁵. El concreto y escueto razonamiento de la Gran Sala⁴⁶ es que, teniendo las dos reclamaciones «exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado» (apdo. 36), la única diferencia existente consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (apdo. 43) y esta diferencia «no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia» (apdo. 44)⁴⁷.

A la vista de la interpretación efectuada desde Luxemburgo en respuesta a su cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo expresamente modificará⁴⁸ sus exigencias en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión constatada con posterioridad a la relación jurídica donde se produce la lesión⁴⁹, asimilándolas a los de responsabilidad patrimonial por Ley inconstitucional⁵⁰.

45. Del principio de efectividad, sobre el que también le había preguntado el Tribunal Supremo, la sentencia de Luxemburgo guarda absoluto silencio, por lo que habrá que entender, dando por buenas las Conclusiones a las que, a este respecto, había llegado el Abogado General Poiares –presentadas el 9.7.2009, en las que expresamente indicó que no se apreciaba discordancia alguna con tal principio (apdo. 27)–, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no presentaba problema alguno al respecto.
46. Se extiende mucho más, en coincidente argumentación de fondo, el Abogado General en sus Conclusiones, cit., apdos. 28 a 40.
47. Aunque, para precisar mejor su alcance, también hay que decir que, al afrontar el principio de equivalencia, el propio Tribunal de Luxemburgo, en esta misma sentencia (apdo. 34), recuerda su tradicional doctrina al respecto, consistente en que este principio *no puede interpretarse en el sentido de que obligue a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho*.
48. Inicialmente, en tres SSTs de 17 de septiembre de 2010, recursos 373/2006, 149/2007 y 153/2007 (de las tres Ponente Lesmes). Vid. RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., «La rectificación por el TS de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las leyes internas que infringen el Derecho comunitario», *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2011, pp. 227 ss.
49. Ésta ha sido su argumentación: «La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expresó, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad» (STS de 17 de septiembre de 2010, cit.).
50. Viraje jurisprudencial sobre el que también hay que reconocer que no se han dejado de manifestar algunas reticencias, como por ejemplo las de SESMA SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho comunitario. (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010)», *Diario La Ley*, nº 7553, de 24.1.2011; PLAZA MARTÍN, C., «Un viaje de ida y vuelta en Transportes Urbanos. Respon-

La conclusión evidente de este proceso que acabamos de reseñar es que la entrada en juego del principio del ordenamiento europeo de equivalencia –eso sí, previa intervención autorizada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a solicitud del propio Tribunal Supremo español– ha conducido derechamente a una radical modificación del cauce jurisprudencialmente exigido para el ejercicio de la acción indemnizatoria, cuando se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado por aplicación de una Ley incompatible con el ordenamiento de la Unión Europea. De tal manera que, a partir de ese momento, los requisitos procedimentales serán ya los mismos que los que se venían exigiendo para el ejercicio de la acción indemnizatoria en caso de daños causados por la aplicación de una Ley inconstitucional (esto es, menos estrictos o severos por cuanto se elimina la exigencia de la previa impugnación), lo que ha dado origen –como ya se ha señalado al referir los pronunciamientos favorables del Tribunal Supremo– a una «cascada» de sentencias⁵¹ que aplican el nuevo criterio de procedibilidad.

En fin, no ha admitido, sin embargo, el Tribunal Supremo que la propia *Sentencia Transportes Urbanos* «reabriera» el plazo impugnatorio⁵². Pero sí que el plazo se viese interrumpido con ocasión del ejercicio de la acción de nulidad intentada (sin éxito) tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo que declaró la incompatibilidad de la Ley estatal con el Derecho de la Unión Europea⁵³.

C. CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR: LA ADMISIBILIDAD A TRÁMITE DE LA RECLAMACIÓN

A este proceso se hace sumarásimas referencias en la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora comentamos y, tras considerar que, «como ocurre y ocurría en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador basadas en la inconstitucionalidad de la ley aplicada por el acto lesivo, tampoco el aquietamiento del perjudicado con éste rompe aquél nexo en las fundadas en la infracción del Derecho de la Unión», concluirá que procede rechazar la objeción de inadmisibilidad (FJ Sexto).

En definitiva –podemos resumir ahora–, habiéndose planteado la reclamación dentro del año⁵⁴ desde la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justi-

sabilidad 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. (coords.), *Administración y Justicia...*, *op. cit.*, vol. II, espec. pp. 3537 ss.; o TORNOS MAS, J., «La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010», *ibid.*, vol. I, espec. pp. 2377-2378.

51. Que comienza con las tres SSTs de 17 de septiembre de 2010, ya mencionadas.

52. *Vid.*, en este sentido, su posterior STS de 9 de octubre de 2012, rec. núm. 520/2011, Ponente Menéndez.

53. Así, *vid.*, la posterior STS de 25 de enero de 2013, cit.

54. Plazo establecido para la prescripción del derecho a reclamar, según el art. 142.5 LRJPAC.

cia de Luxemburgo que declaraba el incumplimiento del legislador español, el Tribunal Supremo no advertirá extemporaneidad alguna en la misma⁵⁵.

IV. LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS SUSTANCIALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA «VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA»

A. LOS TRES REQUISITOS

Como hemos señalado al comienzo, el Tribunal de Justicia viene exigiendo indefectiblemente, desde su *S. Brasserie*⁵⁶, que se cumplan de manera acumulativa tres requisitos: a) que el incumplimiento se refiera a normas destinadas a conferir derechos a los particulares; b) que el incumplimiento sea cualificado, en el sentido de que reúna las características de una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión Europea; y c) que exista una relación o nexo de causalidad directo entre el incumplimiento estatal y el daño producido en el particular afectado⁵⁷.

El requisito de la violación suficientemente caracterizada es el que más problemas interpretativo-aplicativos suele originar. A continuación veremos que también ha sido así en nuestro caso.

De todos modos, podemos adelantar ya que los otros dos requisitos no presentaban problemas de aplicación. En efecto, por un lado, resultaba incontestado que la Directiva incumplida garantizaba, siquiera de manera refleja, derechos a las empresas obligadas al pago del impuesto (a no pagar más de lo allí establecido, se entiende) y, por otro lado, la directa conexión causal entre el incumplimiento (la aplicación de una Ley estatal que obligaba a pagar más de lo establecido por la Directiva) y el perjuicio económico era, asimismo, evidente. Por esta razón, la Sentencia del Tribunal Supremo prácticamente ni se detiene en ellos.

B. EL CONCEPTO DE «VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA» EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La sentencia *Brasserie* modificó en un aspecto no menor la construcción efectuada en la previa sentencia *Franovich* –debido probablemente a las críticas de incoherencia que se le habían formulado a ésta– y trajo a colación la experiencia habida con respecto a la *responsabilidad extracontractual de la Unión* (prevista en el art. 340 TFUE). Así, dirá que «los requisitos para que exista la

55. Como ya se ha indicado, la acción indemnizatoria se inició ante el Consejo de Ministros el 10 de julio de 2010 y la sentencia del Tribunal de Luxemburgo estaba fechada el 9 de julio de 2009, si bien las autoliquidaciones objeto de la pretensión indemnizatoria –se insiste– eran de enero-febrero de 2003.

56. Apdo. 51.

57. Así, recientemente, en la sentencia *Hogan*, de 25.4.2013, C-398/11, apdo. 49.

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»⁵⁸.

Esta homogeneización de régimen de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea –resultando, así, indiferente que el incumplimiento lo haya originado una Institución de la Unión o un Estado miembro y, en consecuencia, corresponda tal obligación resarcitoria a la propia Unión o al Estado– acarrea la incorporación al régimen de la responsabilidad estatal del conocido⁵⁹ y nada sencillo requisito de la «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión Europea⁶⁰. Lo que significa que no cualquier infracción del ordenamiento de la Unión originará la obligación de indemnizar, sino sólo aquella que reúna esta característica, precisamente, que es equivalente a una violación *manifiesta* y *grave* del Derecho de la Unión Europea⁶¹.

Pero, antes de continuar, conviene detenernos un momento en el significado de esta *reconducción a la unidad* del sistema de responsabilidad patrimonial⁶².

a) Nadie puede negar que esta unificación tenga evidentes aspectos positivos. Así, en primer lugar, propicia la coherencia misma del sistema, puesto que resultaba difícil de justificar el mantenimiento de dos «varas de medir»: una responsabilidad más estricta (y, por lo tanto, con más dificultades para obtener la reparación), cuando tenía que indemnizar la Unión Europea y otra responsabilidad más amplia (y, por lo tanto más favorable al resarcimiento), cuando quienes tenían que indemnizar eran los Estados miembros. Además, la construcción teóricamente debía ser común y no ajena o extraña para nadie, porque la responsabilidad de la Unión se tiene que edificar a partir de «los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros» (según establece el párrafo segundo del art. 340 TFUE); con lo cual, además, en último término era previsible que se pro-

58. Sentencia *Brasserie*, cit., apdo. 42.

59. Puesto que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia venía exigiéndolo en el caso de las pretensiones indemnizatorias contra la Comunidad, al menos desde 1971 (pues ya aparece en la sentencia *Schöppenstedt*, de 2.12.1971, 5/71).

60. Sobre este decisivo y discutido concepto jurisprudencial, valga aquí la remisión a GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Tirant lo blanch. Valencia, 2001, pp. 230 ss., 314 ss. y, sobre todo, 495 ss.

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

62. *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis de GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos...*, op. cit., pp. 679 ss.

dujese un cierto efecto *boomerang*⁶³: el sistema existente en los ordenamientos de los Estados inspiraba el de la Unión y, luego (con esta sentencia *Brasserie*, precisamente), éste generaba *en el ordenamiento de la Unión* (el matiz es importante) el sistema de responsabilidad de los Estados incumplidores.

Sin embargo, esta opción interpretativa tampoco estaba exenta de algunos aspectos problemáticos. El primero es que la caracterización del incumplimiento como constitutivo de una violación suficientemente caracterizada no deja de ser una creación propia y muy específica del Tribunal de Justicia (a partir de su jurisprudencia de los años setenta y, sobre todo, ochenta)⁶⁴. En segundo lugar, también tenemos que tener en cuenta que el ámbito de actuaciones en el que se produce la responsabilidad de una (la Unión) y de otros (los Estados) es, respectivamente, diferente, y extender a éstos lo previsto para aquélla puede llegar a resultar disfuncional. En fin, si el propio concepto de violación suficientemente caracterizada, para su aplicación a la responsabilidad de la Unión, no había estado exenta de autorizadas críticas –como son, por ejemplo, las de los Abogados Generales Léger y Tesauro⁶⁵–, era lógico prever que las dificultades que las originaron se habrían de trasladar, asimismo, al sistema de la responsabilidad de los Estados.

b) Además, la asunción por la sentencia *Brasserie* del requisito de la violación suficientemente caracterizada⁶⁶ se hace de una manera inevitablemente complicada por venir condicionada por la jurisprudencia existente en el ámbito de la responsabilidad de la Unión, sobre todo por sus actos de naturaleza legislativa⁶⁷. Aunque ahora podemos prescindir de tantos matices y precisiones que

63. Una referencia a tal efecto, con ocasión del primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia (esto es, su sentencia *Franovich*), en COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 45.

64. A este respecto, JANER TORRENS, J. D., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*. Tirant lo blanch. Valencia, 2002, p. 251, precisa que ese *plus exigido* resulta desconocido en los ordenamientos internos de los países que integran la Unión.

65. Así, el Abogado General Leger, en las Conclusiones presentadas el 20.6.1995, en el as. *Hedley Lomas*, se hizo favorable eco de las opiniones que consideraban el sistema de la responsabilidad *ex* 340 TFUE como «*insatisfactorio*, demasiado riguroso e insuficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo» (apdo. 145, la cursiva en el original).

Por su parte, en las Conclusiones presentadas el 28.11.1995 (apdo. 63) a este as. *Brasserie*, el Abogado General Tesauro no tendría reparo en decir que «esta jurisprudencia estableció requisitos tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño».

66. Para una cabal comprensión de este requisito, alumbrado también por el Tribunal de Justicia –como ya se ha dicho en el texto– en la aplicación del (actual) art. 340, párrafo segundo TFUE, *vid.* GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 81 ss.

67. «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, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica» (sentencia *Brasserie*, *cit.*, apdo. 44).

se recogen en esta Sentencia porque, muy poco tiempo después –el giro jurisprudencial ya se advierte en la *Sentencia Hedley Lomas*⁶⁸–, el propio Tribunal de Justicia simplificará el sistema y tal requisito no se exigirá sólo en determinados casos (concretamente, en aquéllos en los que hubiese amplias facultades de apreciación por parte del legislador), sino que va a figurar ya, con carácter general, *en todos los casos* (sin perjuicio de que en los últimamente mencionados sea en los que mayor papel deba jugar, como condición restrictiva que significa).

A estos efectos, si hay margen de apreciación, habrá que probar que se ha producido una extralimitación grave o manifiesta por parte del Estado de tal margen para entender cumplido el requisito de la violación suficientemente caracterizada. Pero, en los casos en los que no haya margen de apreciación para el Estado (o discrecionalidad, si se prefiere), el puro incumplimiento puede constituir *per se* una violación suficientemente caracterizada y, en consecuencia, constatado aquél se califique ésta de tal⁶⁹. Esta matización o precisión es especialmente importante, en primer lugar, si tenemos en cuenta que, a diferencia del caso de la responsabilidad de la Unión (que es el ámbito en el que se gestó esta construcción del concepto de la violación suficientemente caracterizada como equivalente una vulneración manifiesta y grave de los márgenes de apreciación de que disponen sus Instituciones), serán mucho más numerosos los supuestos en los que los Estados carezcan de tal margen de apreciación o sea éste considerablemente reducido. Y en tales hipótesis la regla general será que el incumplimiento equivalga a la violación suficientemente caracterizada.

Sin embargo, y en segundo lugar, aunque en la gran mayoría de los casos de inexistencia de margen de apreciación, el puro incumplimiento ya constituya una violación suficientemente caracterizada, no debe caerse en una identificación absoluta al respecto, sino que siempre habrá que valorar las circunstancias de cada caso. Como advirtiera GUICHOT, este automatismo total probablemente sólo proceda «respecto a la omisión absoluta de transponer directivas en plazo; siempre, además, que no pueda alegarse que la normativa nacional permitía pensar que no era necesaria dicha adaptación»⁷⁰. A este propósito, *mutatis mutandis*, alguna jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo dictada en recursos por responsabilidad contra la Unión puede resultar ilustrativa de lo que se quiere decir. Así, la complejidad del caso (que es un elemento a tener en cuenta, como veremos a continuación que ha establecido el Tribunal desde la sentencia *Brasserie* y ha reiterado posteriormente en numerosas ocasiones) puede contrarrestar decisivamente la valoración del incumplimiento como manifiesto o grave⁷¹.

68. De 23.5.1996, C-5/94, dictada por el Pleno del Tribunal. Sobre esta sentencia, *vid.* ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas, Madrid, 1997, espec., pp. 59 ss.

69. Así, por ejemplo, en la sentencia AGM.–COS.MET, cit., apdo. 82, el Tribunal de Justicia razona (y concluye) de la siguiente manera: «las obligaciones enunciadas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva no otorgan un margen de apreciación a los Estados miembros. (...). Por consiguiente, procede considerar que una infracción del artículo 4, apartado 1, de la Directiva (...), es suficientemente caracterizada».

70. *La responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, p. 495.

71. *Vid.* la sentencia *Holcim*, de 19.4.2007, C-285/05 P, apdos. 50 y 51; y, sobre todo, la sentencia *Sison III*, de 23.11.2011, T-341/07, apdos. 36 a 40.

En fin, también sobre el «margen de apreciación» –que es el elemento que más posibilidades otorga para que pueda existir una infracción estatal del ordenamiento de la Unión Europea que no conlleve la obligación de resarcir el daño causado– hay que tener en cuenta que «su existencia y amplitud se determinan en relación con el Derecho comunitario, y no con el Derecho nacional. Por consiguiente, el margen de apreciación que el Derecho nacional, en su caso, confiera al funcionario o a la Institución que haya violado el Derecho comunitario carece de importancia a este respecto»⁷².

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

Tales elementos a tener en cuenta son: 1) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, 2) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, 3) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, 4) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y 5) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión Europea hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión⁷³. Para apreciar el alcance efectivo de estos elementos que condicionan la existencia de una vulneración manifiesta y grave del Derecho de la Unión, podemos mencionar cuatro pronunciamientos que los tendrán expresamente en cuenta: la *Sentencia British Telecommunications*⁷⁴, la *Sentencia Denkavit*⁷⁵, la *Sentencia Brinkmann*⁷⁶ y la *Sentencia Robins*⁷⁷.

72. Sentencia *Haim*, de 4.7.2000, C-424/97, apdo. 40.

73. Sentencia *Brasserie*, cit., apdo. 56.

74. De 26.3.1996, C-392/93, en la que el Tribunal de Luxemburgo consideró que no se cumplía el requisito de la violación suficientemente caracterizada (pese a reconocer la existencia de una infracción en la incorporación de una Directiva) por entender que la Directiva era imprecisa y admitía razonablemente la interpretación efectuada por el Reino Unido; interpretación que fue, además, compartida por otros Estados miembros, pero que expresamente se considerará equivocada o contraria al Derecho de la Unión (y, por lo tanto, constitutiva de un incumplimiento estatal... pero no indemnizable por no superar el umbral de la suficiente caracterización, como se acaba de señalar). Sobre esta sentencia, *vid.* ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros...*, *op. cit.*, espec., pp. 53 ss.

75. De 17.10.1996, C-283, 291 y 292/94 apdos. 50 a 54, donde no se apreció la concurrencia del tan mencionado requisito, pese a reconocerse incorrecto el desarrollo de la Directiva en cuestión, al tener en cuenta que casi todos los Estados habían hecho la misma interpretación (tras las deliberaciones que habían tenido lugar en el seno del Consejo) y que no existía jurisprudencia alguna que facilitase la interpretación del texto normativo. Sobre esta sentencia, *vid.* también ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros...*, *op. cit.*, espec., pp. 105 ss.

76. De 24.9.1998, C-319/96, apdos. 27 a 33, que también descartó la obligación de indemnizar por parte del Estado danés, pese a reconocer el Tribunal que «es indiscutible que el Derecho nacional no fue adaptado correctamente» a la Directiva, porque sus (erróneas) interpretaciones, «habida cuenta del grado de claridad y de precisión de las pertinentes disposiciones de la Segunda Directiva», no «violaron éstas de una manera suficientemente caracterizada».

77. De 25.1.2007, C-278/05, apdo. 81, en la que se le indicó al órgano jurisdiccional estatal

d) Este concepto de la violación suficientemente caracterizada no ha sido posteriormente determinado con mayores precisiones, además del ya mencionado carácter de «manifiesto» y «grave», sino simplemente reiterado *ad nauseam*⁷⁸.

Pero es verdad, también, que en la sentencia *Brasserie* se efectuó una aportación importante –y que se mantiene vigente desde entonces, sin variación– cual es la de establecer claramente que *siempre habrá una violación suficientemente caracterizada*⁷⁹:

1º) Cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haberse dictado una Sentencia que declare la existencia del incumplimiento estatal (*ex art. 260 TFUE*), como sucedía en los dos asuntos causantes de las cuestiones prejudiciales que se resolvían en esta Sentencia.

2º) Cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haber una Sentencia prejudicial interpretativa de la que se deduzca el incumplimiento; pues, como es bien sabido, la interpretación *ad casum* que se solicita al Tribunal permite, en muchas ocasiones, detectar Derecho estatal incompatible con el de la Unión.

3º) Cuando exista una jurisprudencia reiterada en la materia, de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento estatal en cuestión.

e) Lo que no pueden los Estados, en ningún caso, es *añadir ulteriores requisitos* a éste de la violación suficientemente caracterizada, tal y como lo interpreta por el Tribunal de Justicia⁸⁰.

f) La *justificación* de esta opción interpretativa puede presentar alguna dificultad, ya que el Tribunal de Justicia no la ha explicitado netamente, en el caso de la responsabilidad de los Estados miembros, sino que –por la tan reiterada unificación de sistema de responsabilidad extracontractual– tendremos que deducirla de las razones que, en su momento, fundamentaron (y lo siguen haciendo, en lo esencial) esta restricción a favor de las Instituciones de la Unión.

que podía tener en cuenta, a estos efectos, un Informe de la Comisión que podía dar pie a entender que el Estado había actuado correctamente en la adaptación de la Directiva.

78. A lo más, podrían citarse algunos pronunciamientos del (ahora) Tribunal General, en recursos por indemnización contra la Unión –o sea, *ex art. 340 TFUE* (por remisión del art. 268 TFUE), pero que ya se ha visto cómo el Tribunal de Justicia ha interpretado que debe compartir régimen jurídico con el caso que aquí nos ocupa–, que consideran cumplido el requisito de la violación suficientemente caracterizada cuando se compruebe «una irregularidad que no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias» (así, sentencia *Comafrika*, de 12.7.2001, T-198/95, 171/96, 230/97, 174/98 y 225/99, apdos. 138 y 149; sentencia *Medici Grimm*, de 26.1.2006, T-364/03, apdo. 79; sentencia *Artegodan*, de 3.3.2010, T-429/05, apdo. 62; y sentencia *Sison III*, cit., apdo. 39).

79. Sentencia *Brasserie*, cit., apdo. 57.

80. En efecto, respondiendo a la problemática que planteaba el Derecho alemán de daños, en la propia sentencia *Brasserie* se dirá que la obligación de reparar no puede quedar supeditada a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión (apdo. 79).

En efecto, en palabras actuales del Tribunal General para referirse a la responsabilidad *ex art. 340 TFUE*, el requisito de una violación suficientemente caracterizada «pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las personas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en vista del interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables»⁸¹.

Queda claro, entonces, el motivo que ha llevado al Tribunal de Luxemburgo a introducir el requisito de la cualificación de la ilegalidad cometida por una Institución europea: que el interés general justifica la comisión de algún error o contravención de la legalidad, sin que comporte consecuencias indemnizatorias, siempre que no se supere un determinado umbral de tolerabilidad.

Cuando *Brasserie* incorpora este requisito, lo hace recordando la justificación que acabamos de mencionar, pero sin adaptación alguna al caso de la responsabilidad de los Estados miembros, sino sólo estableciendo el paralelismo entre el margen de apreciación de la Instituciones cuando dictan normas y el de los Estados cuando dictan leyes⁸². Aunque sí hay que reconocer que –como

81. Sentencia *Sison III*, cit., apdo. 34 (la cursiva está añadida).

82. En efecto, cuando formula la conveniencia de la unificación de régimen, tiene muy en cuenta que, en los dos casos enjuiciados, el incumplimiento se imputa al legislador estatal (alemán y británico, respectivamente) y eso le permite traer a colación, más coherentemente, su jurisprudencia relativa a la responsabilidad extracontractual de la (entonces) Comunidad:

«43. El régimen establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo [340 TFUE], 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.

44. 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, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica.

45. 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* (sentencia de 25 de mayo de 1978, HLN/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartados 5 y 6)» (la cursiva está añadida).

ya hemos señalado—, a continuación de estos argumentos, en seguida explícita que hay ámbitos en los que los Estados no gozan de ningún margen de apreciación a la hora de cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea.

g) La *finalidad* a la que responde esta creación jurisprudencial del requisito de la violación suficientemente caracterizada, no es otra —como, por lo demás, resulta obvio— que restringir o limitar los supuestos indemnizatorios. Dicho más directamente, se trata de salvaguardar la posibilidad de la existencia de casos en los que, pese a producirse y constatarse un incumplimiento (en nuestro caso, de un Estado miembro; anteriormente, sólo de una Institución de la Unión Europea), el daño producido no deba ser resarcido. Como ha reconocido de manera palmaria el Tribunal General, refiriéndose a una actuación de la Comisión: «la declaración de ilegalidad de un acto jurídico [...] no basta, por lamentable que sea esa ilegalidad, para considerar que concurra el requisito para generar la responsabilidad de la Comunidad»⁸³.

Claramente y en definitiva, se trata de admitir o reconocer —en expresión bastante conocida entre nosotros— un *margen de tolerancia* frente a la ilegalidad, que comporta la no resarcibilidad de algunas actuaciones u omisiones estatales dañosas (e ilegales, se insiste).

C. LA APLICACIÓN AL CASO

Pues bien, llegado el caso de advenir la concurrencia de este requisito en el caso de la empresa que había pagado los tributos considerados incompatibles con la Directiva y cuya devolución exigía ahora en vía de responsabilidad patrimonial del Estado, el Tribunal Supremo no dudará en considerar que el incumplimiento en que consistió el mantenimiento de la vigencia de la Ley contraria a la Directiva y su aplicación al caso concreto constituyó precisamente una «violación suficientemente caracterizada».

Así, de la propia Sentencia de Luxemburgo que declaraba solemnemente el incumplimiento de España, el Tribunal Supremo deduce tal condición puesto que —recuérdese lo que acabamos de señalar de la construcción de este requisito y sus condiciones en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia— la Directiva «no era nada oscura o imprecisa, sino más bien, clara y precisa, sin que de

83. Previamente, el Tribunal se había apoyado en la existencia de sendos recursos, como son el de anulación y el de responsabilidad, que son autónomos y responde a finalidades diferentes. Así, dirá: «En efecto, según la jurisprudencia, el recurso por responsabilidad se estableció como un recurso autónomo, con una función determinada en el marco del sistema de recursos y supeditado a requisitos de ejercicio concebidos en función de su objeto específico (...). Mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la ilegalidad o la falta de adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso de indemnización tiene por objeto la solicitud de reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución». Las citas del texto y de esta nota están tomadas de la sentencia *Artegoda*, cit., apdos. 49 y 51; reiteradas, para una actuación del Consejo de la Unión Europea, en la sentencia *Sison III*, cit., apdos. 31 y 32, respectivamente.

ella surgiera o ella abriera margen alguno de apreciación para nuestro legislador» (FJ Noveno). Y rechaza también la argumentación sostenida por el Abogado del Estado, en el sentido de que el incumplimiento traía causa de un error inexcusable de Derecho (FJ Décimo)⁸⁴.

Como vemos, el Tribunal Supremo conoce bien la sentencia *Brasserie* (algunos de cuyos fundamentos jurídicos reproduce textualmente) y maneja los criterios allí aportados para dilucidar la existencia o no de un incumplimiento constitutivo de una violación suficientemente caracterizada: en concreto, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada y el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho. Y, además, recuerda la cláusula de cierre: cuando no exista margen de apreciación estatal –como interpreta el Tribunal Supremo que era el caso al que se enfrenta–, en principio, el simple incumplimiento ya constituye una violación de este tipo.

Ahora bien, aunque no va a tener relevancia práctica alguna –porque, como se acaba de decir, el Tribunal Supremo aprecia en este supuesto la existencia de un incumplimiento de la Directiva constitutivo de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión–, ha de señalarse que la demandante solicitó, expresamente, con carácter previo la no exigencia de este requisito. En efecto, a su juicio, tal exigencia no debía ser de aplicación, ya que tampoco se requiere por la normativa interna en el caso de responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley. Aunque no se lee así en la Sentencia, se deduce que lo que la *demandante invocaba era el principio de equivalencia, en cuanto a los requisitos de fondo y no de procedibilidad*⁸⁵. Como se acaba de decir, esta objeción resultará inane por cuanto que, aunque el Tribunal Supremo considera exigible tal requisito, interpretará que ha concurrido en el caso, con lo que no hay efecto práctico alguno respecto del resultado final.

Pero hay que reconocer que la objeción sí que puede llegar a ser de entidad y merecería un comentario específico *in extenso* (aunque éste no es el lugar adecuado). En cualquier caso, conviene señalar que el Tribunal Supremo rechaza esta objeción remitiéndose a una anterior Sentencia, donde sí que se detuvo algo más en esta cuestión, interpretando que, al tratarse de un requisito sustantivo elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, resulta exigible en todo supuesto en que se pretenda el resarcimiento por un incumplimiento del Derecho de la Unión tanto para garantizar la aplicación uniforme de este ordenamiento como porque la antijuridicidad del daño, cuando es cau-

84. En síntesis, porque la interpretación que descalificaba la Ley española obligaba a una aplicación discriminatoria desfavorable a las empresas españolas –según el Abogado del Estado, se insiste–, lo que rechazará el Tribunal Supremo trayendo a colación las argumentaciones sostenidas en su momento en favor de la ley impositiva española en sede luxemburguesa (que no tenían que ver con las ahora sustentadas).

85. Como hemos visto que, en cuanto a estos últimos (los de procedibilidad), se admitió en la sentencia *Transportes Urbanos*, cit.

sado por la aplicación de un acto o norma ilegal, depende del margen de apreciación razonado y razonable otorgado a su autor⁸⁶.

V. CONCLUSIÓN: PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN A CARGO DEL ESTADO

Del *iter* interpretativo-aplicativo anterior el Tribunal Supremo deducirá, finalmente, que procede la indemnización solicitada en su totalidad –que se correspondía con lo abonado a la Administración tributaria con arreglo a la Ley española (pero en contra de lo establecido por la Directiva europea, como se ha insistido)–, más los intereses legales de la cantidad a entregar, para conseguir así la *restitutio in integrum* que debe inspirar este tipo de pronunciamientos reparatorios (FJ Undécimo).

Tenemos, así, un ejemplo real de aplicación efectiva, por los cauces internos de un ordenamiento estatal –en este caso, el español, con su peculiar sistema de acción indemnizatoria, primero, en vía administrativa y, después (en su caso), en vía contencioso-administrativa–, del principio de Derecho de la Unión Europea de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del ordenamiento europeo.

86. Vid. su STS de 18 de enero de 2012, rec. núm. 588/2010 (Ponente Menéndez), FJ Cuarto. Esta tesis ha sido posteriormente confirmada, además de en la sentencia que se comenta en el texto, en la STS de 28 de febrero de 2012, rec. núm. 373/2011 (Ponente Menéndez); en la STS de 9 de octubre de 2012, rec. núm. 520/2012 (Ponente Menéndez); en la STS de 10 de junio de 2013, rec. núm. 11/2012 (Ponente Enríquez); y en la STS de 11 de junio de 2013, rec. núm. 10/2012 (Ponente Enríquez).