

## **LA REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LEYES CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS SU ENJUICIAMIENTO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **THE LEGAL REGULATION OF LIABILITY FOR LAWS CONTRARY TO EUROPEAN UNION LAW AFTER THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION RULING**

Emilio Guichot\*

**RESUMEN:** La aplicación del principio de responsabilidad del Legislador por infracciones del Derecho de la Unión Europea ha estado sometida en nuestro Derecho a grandes vaivenes. El Tribunal Supremo consideró inicialmente que estas reclamaciones no eran equivalentes a las relativas a la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales y, por ello, que no se requería aplicar los mismos requisitos procesales ni sustantivos. Este planteamiento fue rechazado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Transportes Urbanos, a partir de la cual el Tribunal Supremo comenzó a “igualar a la baja” el régimen procesal, sin unificar, sin embargo, el régimen de fondo. El Legislador de las Leyes 39 y 40/2015 procedió a una regulación de la responsabilidad del Legislador la aplicación de leyes contrarias a la Constitución y al Derecho de la Unión europea similar en sus requisitos procesales, esta vez “igualando al alza”, y mantuvo un régimen sustantivo dispar, más generoso en el primer caso y alineado con el requisito de ilegalidad grave sustantiva establecido como mínimo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Sentencia Comisión contra Reino de España de 28 de junio de 2022 ha enjuiciado el régimen legal español, detectando las contradicciones con el Derecho de la Unión de sus determinaciones procesales desde la perspec-

---

\* Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Sevilla.

tiva del principio de efectividad. Además, en cuanto a los requisitos de fondo, ha optado por una novedosa interpretación de la articulación del estándar europeo y las regulaciones nacionales. En el trabajo se lleva a cabo una valoración de esta jurisprudencia y se añaden unas reflexiones para el debate entre la diferencia entre requisitos de fondo y procesales, la relación entre la “tutela primaria” y la acción de responsabilidad o sobre el carácter objetivo o culposo de la responsabilidad del Legislador.

**PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad de los estados por infracción del derecho de la Unión Europea; Requisitos procesales y sustantivos; Principios de efectividad y equivalencia; Violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Supremo. Leyes 39 y 40/2015.

**ABSTRACT:** The application of the principle of responsibility of the Legislator for infractions of EU Law has been subjected in Spain to great ups and downs. The Supreme Court initially considered that these claims were not equivalent to those relating to the Legislator’s liability for unconstitutional laws and, therefore, that the same procedural and substantive requirements did not need to be applied. This approach was rejected in the Judgment of the Court of Justice of the European Union *Transportes Urbanos*, from which the Supreme Court began to “equalize downwards” the procedural regime, without unifying, however, the substantive regime. The Legislator of Laws 39 and 40/2015 regulated the responsibility of the Legislator for the application of laws in breach of the Constitution and European Union Law in a similar way in its procedural requirements —this time “equalizing upwards—, and maintained a disparate substantive regime, more generous in the first case and aligned with the requirement of serious substantive illegality established as a minimum by the Court of Justice of the European Union. The Judgment of June 28, 2022, Commission against Kingdom of Spain, has analysed the Spanish legal regime, detecting the contradictions of its procedural determinations with the EU Law. In relation to the substantive requirements, it has opted for a novel interpretation of the articulation of the European standard and national regulations. In this paper, an assessment of this jurisprudence is carried out and some reflections are added for the debate between the difference between substantive and procedural requirements, the relationship between “primary remedies” and the action of responsibility or on the objective or subjective nature of the Legislator’s liability.

**KEYWORDS:** State liability for breaches of EU law; Procedural and substantive requirements; Principles of effectiveness and equivalence; Breach sufficiently serious of a rule of law intended to confer rights on individuals; Court of Justice of the European Union; Spanish Supreme Court; Laws 39 & 40/2015.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN HASTA JUNIO DE 2022: 1.1. La consagración judicial del principio de responsabilidad, la evolución en sus requisitos de fondo y los principios de equivalencia, efectividad y autonomía procedimental. 1.2. Lo relativo de la distinción entre requisitos sustantivos y procedimentales.—2. EL TRIBUNAL SUPREMO Y SU

RETICENCIA A APLICAR EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA.—3. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL LEGISLADOR DE 2015.—4. EL TRIBUNAL SUPREMO SE ADELANTA AL TJUE INTERPRETANDO CON CARÁCTER GENERAL EL RÉGIMEN DE LAS LEYES 39 Y 40/2015.—5. LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022, C-278/20, COMISIÓN CONTRA REINO DE ESPAÑA: 5.1.- El artículo 32.5 como “cláusula de cierre”. 5.2. La regulación del “procedimiento” y su compatibilidad con el principio de efectividad. 5.2.1. El condicionamiento de la posibilidad de indemnización a la existencia de una previa declaración de la Ley como contraria al Derecho de la Unión Europea. 5.2.2. La exigencia de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una 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 su entronque con el nexo de causalidad). 5.2.3. Las disposiciones relativas al plazo para ejercitar la acción y al período a tomar en consideración (y su entronque con el daño indemnizable). 5. La regulación de los requisitos “de fondo” y su compatibilidad con el principio de equivalencia. Una reorientación del significado de este principio.—6. VALORACIÓN: 6.1. Las contradicciones “de bulto” de la regulación española de la responsabilidad del Legislador con el DUE. 6.2. La nueva interpretación del principio de equivalencia y la voluntad de “uniformar” el régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del DUE. 6.3. El debate entre “tutela primaria” y “acción de responsabilidad”. 6.4. El debate sobre el carácter objetivo o culposo de la responsabilidad del Legislador.—BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

En un artículo publicado en esta misma Revista en 2016 analicé “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”<sup>1</sup>. Bien podría decirse que el trabajo que aquí se presenta constituye la segunda parte de aquel otro, una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha declarado que la regulación de este género de responsabilidad contenida en las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, no es acorde en diversos aspectos con el Derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE)<sup>2</sup>.

En efecto, este pronunciamiento confirma buena parte de los planteamientos allí realizados, relacionados con la falta de acomodación del régimen legal español al principio de efectividad, pero no el relativo a la aplicación del principio de equivalencia. De esta manera, el TJUE sienta una jurisprudencia de importancia capital, ya no solo en el plano interno español, en la medida en que nuestra regulación legal ha de ser modificada en los aspectos que no

<sup>1</sup> Guichot (2016).

<sup>2</sup> Sentencia de 28 de junio de 2022, C-278/20, Comisión Europea contra Reino de España.

se acomodan al primero, sino también, más en general, para la interpretación general del principio de responsabilidad de los legisladores nacionales por daños derivados del incumplimiento del DUE y, en concreto, del alcance en ese ámbito del llamado principio de equivalencia, que da un giro a lo que había sido hasta el momento la interpretación judicial y doctrinal más general.

En la medida en que, como señalé, tuve ocasión de exponer el estado de la cuestión anterior al dictado de esta sentencia en el trabajo anteriormente citado, y en una monografía anterior publicada mucho antes, que constituyó una parte de mi tesis doctoral<sup>3</sup>, el lector me permitirá remitir a estos trabajos y a la bibliografía en ellos citados para un desarrollo *in extenso* sobre los aspectos más conocidos y menos novedosos, haciendo solo una síntesis que permita la comprensión de las claves del sistema, para poder dedicar la mayor atención al análisis y a las consecuencias del pronunciamiento antes referido.

## **1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN HASTA JUNIO DE 2022**

### **1.1. La consagración judicial del principio de responsabilidad, la evolución en sus requisitos de fondo y los principios de equivalencia, efectividad y autonomía procedimental**

El principio de responsabilidad de los poderes públicos nacionales por infracción del DUE ha sido una creación puramente jurisprudencial del TJUE. “Insinuado” a lo largo de las décadas anteriores, cristalizó en los años noventa y quedó conformada por el trío de pronunciamientos, que figuran ya en cualquier manual de DUE, conformado por las sentencias *Francovich*<sup>4</sup>, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*<sup>5</sup> y *Hedley Lomas*<sup>6</sup>. Entre ellas hay una notable evolución: en *Francovich* el TJUE acogió una responsabilidad aparentemente objetiva<sup>7</sup> —al menos, en el caso de la omisión de transposición de directivas—; en *Brasserie du Pêcheur/Factortame* se decantó por una responsabilidad por ilegalidad sustantiva grave cuando existe un amplio margen de apreciación, alineándose así con el criterio determinante de la responsabilidad de las propias Instituciones europeas, a partir de *Hedley Lomas* terminó exigiendo siempre una ilegalidad cualificada, si bien en ausencia de margen

<sup>3</sup> Guichot (2001).

<sup>4</sup> STJUE de 19 de noviembre de 1991, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

<sup>5</sup> STJUE de 5 de marzo de 1996, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

<sup>6</sup> STJUE de 23 de mayo de 1996, Asunto C-5/94.

<sup>7</sup> Así lo entendió la doctrina. Así, entre nosotros Alonso García, R. (1997, 22); Co-breros Mendazona, E. (1995, 90) o Muñoz Machado, S. (1994, 112).

de apreciación toda infracción del DUE constituye una infracción tal, unificando así los requisitos de la responsabilidad estatal y argumentando de este modo que los dos pronunciamientos anteriores son coherentes entre sí.

En ausencia de previsión en los Tratados, el TJUE optó así por una responsabilidad de corte “punitivo”, en que la indemnización de la víctima no depende de la gravedad del perjuicio, sino de la gravedad de la ilegalidad, atendiendo a 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 justificar excusar la infracción), o, por el contrario, a ponerlo de manifiesto (con un sentido inverso). En otros trabajos, incluido el antes aludido de 2016, he valorado lo adecuado de esta perspectiva y los resultados a los que da lugar, dando cuenta de la división de su valoración entre la doctrina europea. Son críticos los que creen 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, desplazando el foco de la responsabilidad patrimonial de la situación de la víctima al autor del daño y el enjuiciamiento subjetivo del grado de desvalor de su conducta, introduciendo además un criterio casi siempre de difícil y discutible aplicación. Se muestran favorables los que consideran, por el contrario, que el régimen acogido supone un buen equilibrio entre la salvaguarda de la libertad de actuación pública y la protección patrimonial de los ciudadanos, ya que la responsabilidad por mera ilegalidad subvertiría el equilibrio institucional, en la medida en que los Estados se verían obligados a indemnizar solo 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, y la consecuencia podría ser un freno a la actividad de los poderes públicos e incluso 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. Como entonces apuntaba, la valoración de un régimen de responsabilidad tal “es una cuestión de hondura cuya respuesta no puede separarse de las concepciones últimas como jurista.”<sup>8</sup>

Lo que interesa ahora recalcar, porque es esencial para avanzar en el objeto de este estudio, es que los pronunciamientos de referencia antes consignados contenían una importantísima matización. El TJUE no armonizaba plenamente el régimen de la responsabilidad —o no parecía hacerlo, habrá que decir a partir de ahora, como se verá— sino que se limitaba a fijar, en determinados aspectos, unos mínimos. En efecto, “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 obtener

---

<sup>8</sup> Guichot (2016, 69-71) y la bibliografía allí citada.

la indemnización”, como señalaba la Sentencia *Francovich*<sup>9</sup>. Consagraba así, respectivamente, los principios de equivalencia y de efectividad. Una vez fijados los requisitos de la “violación suficientemente caracterizada”, la “norma atributiva de derechos” y la “relación de causalidad directa” en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, añadió que “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”<sup>10</sup>. De este modo, el principio de responsabilidad quedaba armonizado respecto de un mínimo, a partir del cual los Estados eran competentes para la regulación, con el límite, eso sí, de los principios de equivalencia y efectividad, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, dentro de lo lícito que en materia de responsabilidad es esta distinción<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Apartados 42 y 43.

<sup>10</sup> Apartado 66.

<sup>11</sup> En nuestra doctrina, si bien todos los autores llegan al mismo resultado de considerar que no es exigible una ilegalidad cualificada al ser más favorable el régimen objetivo de responsabilidad por leyes inconstitucionales, se ha producido en la más reciente doctrina un debate de si el principio de equivalencia se aplica también o no a las condiciones sustantivas. En efecto, algunos autores consideran que, a la vista del origen de este principio en la jurisprudencia europea, solo sería estrictamente de aplicación a las condiciones procedimentales. Así lo defiende Cobrerros Mendazona, E. (2015a, 129-239), que prefiere hablar del principio de aplicación de la norma más favorable, bien que advirtiendo “una drástica distinción entre requisitos materiales y requisitos formales puede resultar no del todo correcta en el sentido de que, a veces, el cauce condiciona el fondo y viceversa” y que “su reclamo no está exento de alguna explicación, dado el contexto y la formulación utilizada por el Tribunal de Justicia al respecto y dado algún anterior pronunciamiento de este mismo Tribunal, en otro ámbito, en el que el principio de equivalencia parece utilizarse también para los requisitos de fondo” [...] “En todo caso, resulta innegable que, desde los comienzos de su construcción, el Tribunal de Justicia ha querido configurar la responsabilidad patrimonial estatal por incumplimiento de su Derecho con el carácter de un mínimo común denominador para todos los Estados miembros y esto supone, indudablemente, un fondo de exigencias idéntico a todos ellos.” En esta línea, Ruiz López, M. A. (2016, 2793). Huelin Martínez De Velasco, J. (2019, 171-176) estima que, con independencia de su valoración jurídica personal, la Sentencia *Francovich*, con su referencia a las condiciones de fondo y forma, pareció decantar la cuestión en afirmativa. En todo caso, la doctrina mayoritaria sigue entendiendo que esta regla es la expresión del principio de equivalencia, que es también de aplicación a las condiciones de fondo. Así, Iranzo Cerezo, I. (2020, 215), para quien “[...] aun cuando el principio de equivalencia esté llamado a desenvolverse en el ámbito de lo procesal, no cabe admitir que le resulten ajenos los requisitos de fondo. Desde el momento en que al “estándar” de la infracción suficientemente caracterizada “ha de sobreponerse el criterio propio del Derecho del Estado si el mismo fuese más abierto” las condiciones procedimentales y sustantivas no pueden desvincularse”. Iglesias Sánchez, S. (2022, 123-124) analiza con profundidad cómo este principio se ha aplicado en la jurisprudencia de ese tribunal también a las condiciones sustantivas, desde *Francovich* hasta la jurisprudencia posterior, en particular, a la causalidad, y pone de relieve la dificultad de discernir

## 1.2. Lo relativo de la distinción entre requisitos sustantivos y procedimentales

Como acabamos de señalar, la distinción en materia de responsabilidad entre lo sustantivo y lo procedimental no es nada fácil, si es que acaso es posible.

Una muestra la aporta la consideración en torno al nexo de causalidad. El TJUE estableció con carácter general el requisito de la causalidad directa en su Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*<sup>12</sup>, y consideró que el DUE permite al juez nacional comprobar si el perjudicado ha desplegado un grado de “diligencia razonable” para limitar la magnitud del daño, pero, nótese, lo puso en relación con su jurisprudencia en materia de la responsabilidad de las instituciones, por remisión a una sentencia en que se valora la actividad material de una empresa para limitar el daño (en particular, reorientando su actividad económica), y no la actuación “procesal”<sup>13</sup>. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad estatal se ha planteado si la “diligencia razonable” es exigible también respecto de esta última.

El propio Abogado General Tesauro, en sus Conclusiones a esa Sentencia, puso de relieve al respecto que en los Derechos nacionales cabe constatar la diversidad de soluciones<sup>14</sup>.

---

entre requisitos sustantivos y procesales: “[...] discernir los elementos de derecho nacional que son únicamente de carácter procesal no es un ejercicio fácil, ya que los mismos requisitos pueden ser considerados materiales o procesales en los distintos estados miembros [...] Se hace imperativo, así, que el Tribunal de Justicia ajuste su aproximación conceptual a la relación entre los requisitos mínimos y los principios de equivalencia y efectividad. Si [...] el principio de efectividad se ha reorientado hacia la tutela judicial efectiva, no dando así lugar para la duda en cuanto a su aplicabilidad tanto a condiciones procesales (en sentido estricto), como materiales, el principio de equivalencia debe también beneficiarse del esclarecimiento de su ámbito de aplicación [...] A este respecto, una interpretación estricta del ámbito de aplicación de la equivalencia no puede ser más que contraproducente, ya que llevaría asimismo aparejada la reducción del ámbito de aplicación del principio con respecto al cual el criterio de la equivalencia supone un límite: el principio de autonomía (procesal) de los Estados miembros.” Considera también aplicable el principio de equivalencia a las condiciones de fondo Macías Castaño, J. M. (2021, 483).

<sup>12</sup> Apartado 51.

<sup>13</sup> Apartados 84 y 85, con remisión a la STJUE de 19 de mayo de 1992, *Mulder* y otros contra Consejo y Comisión, Asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, apartado 33.

<sup>14</sup> Así, ilustra que 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).

Posteriormente, la cuestión se suscitó en el asunto *Danske Slagterier*<sup>15</sup>, en relación con 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. Siguiendo a su Abogada General Trstenjak, el TJUE consideró que este requisito conecta con el criterio, apuntado ya en su Sentencia *Brasserie*, como acabamos de ver, de la “actuación diligente”, pero añadiendo para que el tribunal nacional puede al respecto comprobar “en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían”, lo que en opinión del TJUE es un principio general común a los Derechos de los Estados miembros, como él mismo ha admitido en su jurisprudencia sobre responsabilidad de las Instituciones<sup>16</sup>. Pero, obsérvese, no había sido una regla tal, referida al accionamiento de vías procesales alternativas, el contexto de la afirmación en materia de responsabilidad de las Instituciones ni tampoco, al menos expresamente, en *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, en la que de hecho el Abogado General Tesauo había puesto en evidencia que no había una regla común. El TJUE advertía que “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”. Lo que, aplicado al caso en cuestión, venía a significar que, cuando el daño no deriva de un acto administrativo de aplicación de una norma contraria al DUE, no cabe exigir a un particular que “provoque” una decisión administrativa en aplicación de una ley nacional contraria al DUE para después impugnarla<sup>17</sup>. En ese asun-

<sup>15</sup> STJUE de 24 de marzo de 2009, Asunto C-445/06.

<sup>16</sup> Apartados 60 a 69.

<sup>17</sup> Enlaza aquí con su sentencia de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft* y otros, Asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, apartado 106, en que la el perjuicio derivaba del pago de un tributo en aplicación de una ley nacional que no contemplaba la posibilidad de acogerse a una ventaja fiscal reconocida por el DUE, para señalar 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 [de la ventaja fiscal, en la sentencia original] que la ley nacional les denegaba, para oponerse a la negativa del Estado miembro [de la administración tributaria, en la sentencia original] mediante la utilización de los cauces jurídicos establecidos al efecto, invocando la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario.” La STJUE *Danske* continúa: “En tal caso no habría sido razonable exigir a los perjudicados que ejercitaran las acciones de que dispusieran puesto que, de todas formas, habrían tenido que abonar por anticipado las cantidades reclamadas y, aunque el tribunal nacional hubiera considerado que el carácter anticipado de este pago era incompatible con el Derecho comunitario, dichos perjudicados no habrían podido percibir los intereses adeudados sobre esta cantidad y, posiblemente, se habrían arriesgado a que se les impusiera una multa.”

to, la Abogada General Trstenjak precisó, además, que la falta de recurso a la primera tutela judicial posible en general y conforme a la jurisprudencia europea 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 su parte, el Abogado General Maduro, que presentó sus Conclusiones a la Sentencia Transportes Urbanos<sup>18</sup>, en un caso en que el daño se correspondía con el pago de ingresos indebido, consideró, en la misma línea, que una regla nacional que previera un requisito semejante no se opondría al Derecho de la Unión, porque también se admite en el caso de la responsabilidad de las Instituciones precisamente en la medida en que 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, siempre que el daño coincida exactamente con un ingreso indebido<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Conclusiones de 9 de julio de 2009, Asunto C-118/08.

<sup>19</sup> “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 esta, en tiempo 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.” 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

En fin, como puede verse, lo sustantivo y lo procesal carece de un deslinde claro en esta materia. Como hemos visto, el TJUE pareció reducir desde su sentencia *Francovich* lo procesal con la determinación de “los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales”. Pero la cuestión de si puede exigirse a los perjudicados una reacción procesal previa frente al acto origen del daño imbrica de forma inescindible lo material con lo procesal, y solo es admisible con importantes matices (básicamente, cuando se solicita en concepto de indemnización una cantidad equivalente a la que resultaría de la devolución de un tributo legal por la vía de la devolución de lo indebido). Y lo mismo podría decirse de las cuestiones en torno al daño indemnizable, dado que si bien la “tríada” ilegalidad-culpa, daño y causalidad se ha considerado expresiva de los requisitos de fondo de la responsabilidad, cualquier limitación a la extensión en el tiempo de los daños indemnizables podría también enfocarse desde el punto de vista de lo procedimental. Como veremos, en ambos temas —exigencia de búsqueda de la llamada tutela primaria en relación con la causalidad y extensión en el tiempo del daño indemnizable en relación con el perjuicio— el TJUE ha sentado doctrina en la Sentencia Comisión contra Reino de España.

## **2. EL TRIBUNAL SUPREMO Y SU RETICENCIA A APLICAR EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA**

De nuevo a suerte de síntesis del relato que hemos llevado a cabo en trabajos anteriores<sup>20</sup>, puede decirse que el Tribunal Supremo negó en un primer momento la condición de “reclamaciones semejantes” a las referidas a la responsabilidad por Leyes contrarias a la Constitución y al DUE, entendiendo de este modo que el principio de equivalencia no le impedía dar un tratamiento diverso a sus requisitos sustantivos y procesales (valga esta distinción, como hemos visto, tan evanescente). Su razonamiento atendió a las posibilidades de acción del ciudadano frente a los actos de aplicación. Mientras que los ciudadanos pueden invocar ante la Administración y ante los Tribunales la primacía del Derecho de la Unión y estos deben inaplicar por sí mismos cualquier acto nacional, incluidas las leyes, contrario al DUE, no ocurre lo mismo con las leyes inconstitucionales, dado el monopolio que ejerce en su control el Tribunal Constitucional. Por ello mismo, en la medida en que los ciudadanos pueden en el primer caso “pelear” con éxito ante los tribunales y en el segundo no, no se trata de reclamaciones semejantes, lo que, entendía, justifica que se pueda poner como requisito a las reclamaciones de daños de-

---

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).

<sup>20</sup> Guichot (2016, 76-83).

rivados de la aplicación de leyes contrarias al DUE el recurso previo contra el acto de aplicación (en otra terminología, el ejercicio de la “tutela primaria”), y no exigirlo respecto de las leyes inconstitucionales, sin por ello vulnerar el principio de equivalencia.

Este razonamiento fue descartado, como es sabido, en la STJUE Transportes Urbanos<sup>21</sup>, que resuelve una cuestión prejudicial al respecto planteada por el Tribunal Supremo. 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 de aplicación de una ley o por una omisión legislativa del Estado, la única diferencia consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica y esta mera diferencia no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia.

Con independencia de lo convincente o no del razonamiento —la diferencia no es solo quién declara la infracción, sino más bien, como se ha dicho, si el juez nacional puede en efecto por sus propios medios considerar que una ley es contraria a la Constitución o al DUE, y aquí la respuesta es diferente—, la conclusión era clara. El 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 origen del daño<sup>22</sup>. Ahora bien, no extendió las consecuencias del principio de equivalencia a los “requisitos de fondo”, de tal modo que siguió exigiendo una “violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos”, como ha venido haciendo desde el —casi<sup>23</sup>— primer momento, sin que le baste la acreditación de la contrariedad de la ley de la que deriva el daño con el DUE; y ello en clamoroso contraste de su rotunda afirmación de la responsabilidad por mera inconstitucionalidad<sup>24</sup>. De este modo, con posterioridad a la Sentencia Transportes Urbanos, el Tribunal Su-

<sup>21</sup> STJUE de 26 de enero de 2010, Asunto C-118/08.

<sup>22</sup> SSTs de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095.

<sup>23</sup> Como excepción, véase la STS de 12 de junio de 2003, Ar. 8844: “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].

<sup>24</sup> 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” (desde la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494 y, a fecha de la redacción de este trabajo, hasta la STS de 8 de febrero de 2021, Ar. 659), que por ahora no ha tenido aplicación.

premo<sup>25</sup> se ha mantenido en esta línea, ahora con otras vías argumentales: la necesaria uniformidad en la aplicación del DUE; la no aplicación del principio de equivalencia a las condiciones de fondo; el diferente margen de discrecionalidad con el que cuenta el legislador cuando interpreta la Constitución y cuando interpreta el DUE<sup>26</sup>; o la diferencia de efectos de las sentencias del TJUE en una cuestión prejudicial y del Tribunal Constitucional en un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad<sup>27</sup>. El Consejo de Estado también ha aportado “argumentos” diversos e incluso contradictorios, desde la no aplicación del principio de equivalencia a las condiciones sustantivas hasta, incluso, la consideración del régimen de responsabilidad por infracción del DUE

---

<sup>25</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 (SSTS de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095 y otras similares posteriores sobre el mismo asunto). La exigencia, por cierto, se ha aplicado también a la responsabilidad por reglamentos estatales contrarios al Derecho comunitario: STS 5 de marzo de 2012, Ar. 4762 (Real Decreto de transposición incorrecta de una Directiva en materia de investigación celular).

<sup>26</sup> Que resulta difícil de interpretar, porque parece que, en esa lógica, el margen de discrecionalidad es tendencialmente mayor al interpretar la Constitución, lo que abogaría precisamente por un régimen más restrictivo de la responsabilidad en este supuesto, y no por lo contrario.

<sup>27</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. Dio audiencia a las partes. 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 Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el TJUE. Sin embargo, una vez oídas consideró —sorprendentemente de nuevo, 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 (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. (2014) y en Cobreros Mendazona, E. (2015a, 214-218). 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 régimen español es más generoso, pero no se consideran reclamaciones semejantes las derivadas de daños por infracción de la Constitución y del Derecho de la Unión.

como más favorable que el régimen de responsabilidad por infracción de la Constitución<sup>28</sup>.

Lo cierto es que la cuasi generalidad de los autores consideró que tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo llevaban a cabo una interpretación contraria al Derecho de la Unión Europea, que exigía alinear la responsabilidad del Legislador español por incumplimiento del Derecho de la Unión con su responsabilidad por leyes inconstitucionales, al tratarse de reclamaciones que habían de considerarse sin mayor discusión como semejantes, puesto que el TJUE ya había dicho la última palabra al respecto en su Sentencia Transportes Urbanos<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Esto último por considerar que el régimen legal español de la Ley 30/1992 condicionaba 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). 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 con la realidad de la interpretación y aplicación por el Tribunal Supremo. Así, Cobreros Mendazona, E. (2015, 208)

<sup>29</sup> En este sentido, por ejemplo, y por todos, Cobreros Mendazona, E. (2015a, 238) y (2015b, p. 59). Como una voz discrepante en la doctrina española, que les niegan la condición de “reclamaciones semejantes”, puede verse González Alonso, A. (2016). 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 Cobreros Mendazona, E. (2016a), 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

### III. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL LEGISLADOR DE 2015

El legislador español decidió 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 procedió a regular en su artículo 32 la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea.

El tenor de los preceptos es el siguiente:

El artículo 32.5 de la Ley 40/2015 dispone lo siguiente:

“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.

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.”

El artículo 34.1, párrafo segundo dispone:

---

por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al Derecho de la Unión no serían comparables, porque esta 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 RUIZ LÓPEZ, M. A. (2016, 2795-2796), 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 [...].”

“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.”

Y el artículo 67.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015 establece:

“En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.”

En el artículo de 2016 al que me he referido, y en algún otro trabajo posterior<sup>30</sup>, puse de relieve que esta regulación trasluce, a mi juicio, un gravísimo desconocimiento de los principios, no ya de la responsabilidad en el Derecho de la Unión Europea, sino de las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno, de la posición del juez nacional ante el Derecho de la Unión, del sistema contencioso europeo y hasta de los mecanismos de publicidad de las sentencias. En mi criterio, la Ley 40/2015 llevó a cabo una regulación contraria al Derecho de la Unión, marcada por la extensión a este supuesto de los requisitos “procesales” ultra-restrictivos del nuevo régimen legal acuñado para la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales. Y lo hizo, probablemente, llevado de la voluntad de eludir reclamaciones masivas, como las derivadas de la previsión legal del impuesto sobre los carburantes que establecieron algunas Comunidades Autónomas para financiar la sanidad (el “céntimo sanitario”), declarado contrario al DUE un año antes por el Tribunal de Luxemburgo, que, además, se negó, contra lo solicitado por el Gobierno español, a limitar en el tiempo los efectos de la sentencia. Además, al unificar los requisitos “procedimentales”, se perseguía evitar una nueva condena basada en el principio de equivalencia, esto es, un “Transportes Urbanos II”. Consideraba, en fin, que las condiciones procesales vulneraban el principio de efectividad y las sustantivas el de equivalencia, dentro de lo lável y relativa de esta distinción entre la forma y el fondo.

#### **IV. EL TRIBUNAL SUPREMO SE ADELANTA AL TJUE INTERPRETANDO CON CARÁCTER GENERAL EL RÉGIMEN DE LAS LEYES 39 Y 40/2015**

Poco después de que la Comisión interpusiera recurso por incumplimiento contra el Reino de España y antes de que se celebrara la vista<sup>31</sup>, el Tribunal

<sup>30</sup> Guichot, E. (2021a).

<sup>31</sup> Iniciado el procedimiento *EU-Pilot*, en escrito de 20 de noviembre de 2018, el Gobierno español anunció que remitiría a la Comisión un proyecto normativo para

Supremo se vio confrontado a un asunto seriado, resuelto ya previamente respecto de otras reclamaciones en cuando al fondo, pero que había de serlo ahora ya a la luz de la nueva regulación legal. Se trataba de una reclamación por el importe de los ingresos indebidamente pagados mediante autoliquidación en cumplimiento de una ley tributaria contraria al DUE —lo que resulta revelador una vez más de que la estructura de daños no pasa siempre ni siquiera mayoritariamente por la aplicación de actos administrativos, y que en la mayoría de las ocasiones lo que está en juego es la recuperación de lo indebidamente abonada; sobre ello volveremos en las conclusiones—. La infracción había sido considerada constitutiva de una “violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos” ya en sentencias previas, al conocer de reclamaciones de otros recurrentes.

El Tribunal Supremo, confrontado a la necesidad de adecuar su jurisprudencia al nuevo régimen de responsabilidad del legislador contenido en las Leyes 39 y 40/2015, dictó una sentencia con pretensión de sentar doctrina general<sup>32</sup>. En ella, lleva a cabo una interpretación muy flexible de los requisitos legales.

---

acomodar la regulación legal al Derecho de la Unión Europea, lo que hizo el 21 de diciembre de 2018. El 15 de mayo de 2019 la Comisión expuso que el proyecto podía quizás solucionar la contradicción con el principio de equivalencia, pero no la incompatibilidad con el principio de efectividad. El Gobierno español respondió el 31 de julio de 2019 que no podía formular nuevas propuestas normativas porque estaba en funciones. El recurso se interpuso el 24 de junio de 2020, la vista se celebró el 28 de septiembre de 2021, Abogado General Szpunar presentó sus Conclusiones del se presentaron el 9 de diciembre de 2021 y el TJUE dictó su sentencia el 28 de junio de 2022. Un relato del procedimiento que dio origen al recurso por incumplimiento en Iranzo Cerezo, I. (2020, 208); Macías Castaño, J. M. (2021, 473-476), o en Plasencia Sánchez, F., De Pedro Marín, L., (2019, 653-655).

<sup>32</sup> Nos referimos a la STS de 18 de noviembre de 2020, Ar. 4736. En concreto se interponía recurso contra la desestimación por el Consejo de Ministros de la reclamación en concepto de daños ocasionados al no haber podido aplicar la regla de prorata, en relación a las subvenciones percibidas, en la autoliquidación del IVA del ejercicio de 1999; al no autorizar la aplicación de dicha regla la legislación de dicho Impuesto en aquellos momentos. En este caso, la disconformidad de la legislación española con el DUE había sido declarada por STJUE de 6 de octubre de 2005, Asunto C-204/2003. La resolución del Consejo de Ministros declaró la extemporaneidad de la reclamación por estimar que la responsabilidad debió exigirse en el plazo de un año desde que se dictó la sentencia del TJUE. El reclamante había presentado sus autoliquidaciones en los ejercicios 1999 a 2004. En 2004 solicitó la devolución de ingresos indebidos y, una vez conocida la STJUE de 2005, la aportó al procedimiento en refuerzo de su reclamación. Se le concedió la devolución para las anualidades 2000 a 2004, pero no para 1999 al entender que conforme a la regulación de la acción de devolución de ingresos indebidos el plazo de prescripción es de cuatro años. Recurrida la denegación, la SAN de 25 de noviembre de 2014 estima el recurso y reconoce el derecho a la devolución, al considerar el plazo de cuatro años debía computarse, no desde la fecha de la autoliquidación, sino desde la de la STJUE de 2005 que declaró el incumplimiento por parte de España del DUE. Recurrida en casación para la unificación de doctrina por la Administración General del Estado, la STS de 16 de noviembre de 2016, Ar. 6215, esti-

El Tribunal Supremo comienza sentando los límites de su interpretación, que queda ya constreñida por la existencia de un régimen legal que ha de interpretarse de conformidad con los principios de equivalencia y eficacia con las consecuencias que de ello ha extraído el TJUE.

A partir de ahí, examina los presupuestos legales de la responsabilidad del Legislador. Su argumentación es, en síntesis, la siguiente:

— El tenor literal del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 circunscribe el derecho a la indemnización a los daños derivados de la “aplicación” de leyes contrarias al DUE, sin abarcar otros supuestos en que el daño no requiere la intermediación de un acto para provocar un daño. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso en cuestión, al tratarse de autoliquidaciones en cumplimiento de una obligación legal, si bien puede hablarse de la existencia de una actuación administrativa, que permitiría entender aplicable este artículo.

— Además, conforme al mismo precepto, el afectado ha de haber impugnado el acto de aplicación hasta obtener una sentencia firme desestimatoria. El Tribunal Supremo considera que, si ha conseguido la anulación del acto, en esa estimación encontrará resarcimiento —si bien he de apuntar que no siempre es así, porque hay casos en que el daño directo origina otros perjuicios, en casos extremos, incluso, en el ámbito empresarial el cierre de la actividad—. Por tanto, el afectado ha de agotar la vía administrativa y contencioso-administrativa —el Tribunal Supremo deduce esta regla de la referencia a la condición de “haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme y desestimatoria”, pese a que la literalidad del precepto no nos parece que conduzca a esa conclusión, sino más bien a que basta una sentencia que no haya sido impugnada, como, veremos, se confirmará en la STJUE Comisión contra España—. Pues bien, considera que esta condición —así interpretada— “pone a los ciudadanos en una situación de difícil resolución y comporta unos efectos perjudiciales para la efectividad del derecho de resarcimiento” y crea “problemas de integración”. Por ello apela a una interpretación flexible. Considera que cuando la Ley exige que el particular “haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria, esa sentencia puede obtenerse por la vía de la revisión de oficio de actos nulos del artículo 106 de la Ley 39/2015, superando así el rigor de los plazos brevísimos del recurso contencioso-administrativo contra el acto o su confirmación por resolución de recurso administrativo, de dos meses. Enlaza, de este modo, con una interpretación similar desarrollada dos meses antes en relación al mismo requisito establecido para la responsabilidad por la aplicación de le-

---

mó el recurso, al entender que la petición de devolución era en efecto extemporánea y ello sin perjuicio de que pudiera la interesada “solicitar la reparación de los perjuicios sufridos mediante la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador; en los términos diseñados jurisprudencialmente con el soporte legal referido, en el plazo de un año desde aquella (la sentencia del TJUE)”. En 2017, antes de transcurrir un año desde esta sentencia, solicitó reclamación al Consejo de Ministros ya en concepto de responsabilidad del Estado legislador.

yes inconstitucionales<sup>33</sup>, y de la que he dado cuenta en otros trabajos<sup>34</sup>, que en todo caso por el principio de equivalencia es aplicable a los supuestos de responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión<sup>35</sup>. Todo ello, claro está, a partir de la consideración de que una ley contraria al DUE es nula de pleno derecho, y también lo son sus actos de aplicación<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Nos referimos a la serie iniciada con la STS de 14 de septiembre de 2020, Ar. 3710.

<sup>34</sup> Como señalé en otro trabajo (2021b, 249-252), la solución amplía sin duda las posibilidades temporales de los perjudicados, pero, por loable fidelidad a la exigencia del artículo 32.4 LRJSP, que, como toda norma, vincula a los tribunales ordinarios, no resuelve el problema de fondo, dado que sigue condicionando las futuras posibilidades indemnizatorias a instar una revisión de oficio basándose en una inconstitucionalidad no declarada aún por el Tribunal Constitucional. Eso sí, al no tener límite en el tiempo, puede pensarse que los afectados que tengan conocimiento de que se ha planteado un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad contra una norma que les ha sido de aplicación, se apresuraran a solicitar la revisión de oficio invocando esa posible inconstitucionalidad, sin que quede del todo claro, pero parece que sí, si es requisito que frente a la negativa a revisar se haya interpuesto recurso que haya dado origen a una sentencia firme anterior a la declaración de inconstitucionalidad. El pie quebrado está en una regulación legal que establece, me parece, un requisito absolutamente irrazonable, contrario de raíz a la propia jurisprudencia previa a la aprobación de la Ley 40/2015 que había desplegado el Tribunal Supremo.”

<sup>35</sup> Es relevante la mención al principio de equivalencia porque, como vimos, el Tribunal Supremo descartó la procedencia de esta exigencia de búsqueda de la “tutela primaria” desde el comienzo de su jurisprudencia respecto a las leyes inconstitucionales, de forma contundente, al entender que es contraria a la presunción de constitucionalidad de las leyes y ante la imposibilidad del ciudadano de impugnar la constitucionalidad de las leyes, pero la admitió para las contrarias al DUE por las diferencias en las posibilidades de invocación judicial de la disconformidad de una ley con el DUE. Su razonamiento atendió a las posibilidades de acción del ciudadano frente a los actos de aplicación. Mientras que los ciudadanos pueden invocar ante la Administración y ante los Tribunales la primacía del Derecho de la Unión y estos deben inaplicar por sí mismos cualquier acto nacional, incluidas las leyes, contrario al DUE, no ocurre lo mismo con las leyes inconstitucionales, dado el monopolio que ejerce en su control el Tribunal Constitucional. Por ello mismo, en la medida en que los ciudadanos pueden en el primer caso “pelear” con éxito ante los tribunales y en el segundo no, no se trata de reclamaciones semejantes, lo que, entendía, justifica que se pueda poner como requisito a las reclamaciones de daños derivados de la aplicación de leyes contrarias al DUE el recurso al acto de aplicación (en otra terminología, el ejercicio de la “tutela primaria”), y no exigirlo respecto de las leyes inconstitucionales, sin por ello vulnerar el principio de equivalencia. Posteriormente, como vimos, *supra*, tras la Sentencia Transportes Urbanos y del principio de equivalencia, también dejé de exigirlo en este caso en virtud del principio de equivalencia.

<sup>36</sup> “Esta posibilidad de que por la vía de la revisión de oficio pueda alcanzarse el requisito de la previa sentencia firme amplía la, en aparente, exigua posibilidad que de los términos del precepto parecen alcanzarse, porque ahora los plazos para ese presupuesto no son los limitados para la preliminar impugnación en vía administrativa; sino las bastante más amplios y genéricos que se establecen en el artículo 110 de la mencionada Ley; habida cuenta de que, a la postre, se trata de la aplicación de una ley nula de pleno derecho, que vicia de ese mismo grado de ineficacia la actividad administrativa; grado de ineficacia que es absoluta e insubsanable.”

— Junto a este requisito, ha de haberse invocado sin éxito que la norma interna vulnera el DUE, lo que a juicio del Tribunal Supremo “no deja de imponer un presupuesto con excesivo rigor que requiere matizaciones; porque en esa exigencia se impone una carga al perjudicado, desconociendo que no es un deber de los ciudadanos vigilar la aplicación del Derecho Europeo por nuestro Poderes Legislativos, sino todo lo contrario, el ciudadano tiene la legítima confianza de que cuando cualquiera de nuestros órganos parlamentarios, o incluso las Administraciones públicas cuando se trata de norma reglamentaria, promulga una norma, debe presumir que la misma es, entre otras condiciones, acorde a la superior norma comunitaria.”<sup>37</sup> Ahora bien, de nuevo la matización, constreñida por el vinculación del Juez ordinario a la ley, solo puede ser un paliativo. El Tribunal se limita a señalar que basta que la disconformidad con el DUE se haya alegado en cualquier instancia y que puede también apreciarlo de oficio el órgano administrativo o el tribunal que conozca del recurso —pero el problema es, a mi juicio, el que bien apunta el Tribunal Supremo: no puede exigirse de los ciudadanos una impugnación sistemática preventiva de toda actividad jurídica pública—.

— El tenor literal del artículo 32.6 de la Ley 40/2015 exige una previa declaración formal jurisdiccional de la vulneración del DUE por parte del TJUE (“La sentencia que declare [...] el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el “Diario Oficial de la Unión Europea” [...] salvo que en ella se establezca otra cosa”). Ahora bien, lo cierto es que, en el sistema jurisdiccional europeo, esta declaración puede provenir no solo del TJUE también de los Tribunales nacionales. Además, en su argumentación, es esa declaración de la confrontación entre la ley nacional y el DUE la que genera la antijuridicidad del daño, y no la aprobación de la Ley ni el acto de aplicación y por ello mismo la reparación es compatible con la firmeza del acto de aplicación. Aunque el precepto “parece” [sic] exigir que se trate de una sentencia del TJUE “no se impone esa exclusividad en el precepto de manera expresa y parece que, al fijar el mencionado plazo, lo que hace el Legislador es acoger la hipótesis más normal. Lo cierto es que esa confrontación puede ser también declarada por los Tribunales nacionales, posibilidad que no es admisible en el supuesto de esta responsabilidad por una ley inconstitucional.”

— En lo que se refiere al requisito del artículo 67.1, párrafo tercero de la Ley 39/2015 que exige que se reclame la indemnización antes de que transcurra un año desde que se publicase la STJUE que declara la vulneración del DUE (“el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el [...] Diario Oficial de la Unión Europea” [...] de la sentencia que declare [...] su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea”), se alinea con el plazo general para exigir responsabilidad en nuestro Derecho, pero ofrece también “problemas interpretativos”, ya que hay casos —como el de las acciones de restitución de lo indebido, que se juzga en esta sentencia— en que el plazo

<sup>37</sup> Se remite aquí de nuevo a la STS de 14 de septiembre de 2020, Ar. 3710, en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales.

puede haber prescrito, lo cual atentaría contra el principio de efectividad, de tal modo que en esos supuestos debe comenzar a computar desde la firmeza del acto, en aplicación del principio de *actio nata*<sup>38</sup>.

— En lo que hace al requisito de que los daños deben hacerse ocasionado dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia del TJUE, a su juicio, “es manifiesta la intención del Legislador, en ejercicio de su legítima potestad, de establecer un límite al derecho de resarcimiento, ponderando la seguridad jurídica y los intereses generales. No hay, en principio, reproche alguno a dicha limitación.” Ahora bien, no cabe una interpretación estricta, sino “lógica y sistemática”. La regla se puede aplicar tal cual cuando al momento de dictarse la sentencia ya concurren todos los presupuestos de la responsabilidad, pero no cuando aún está en curso la impugnación del acto administrativo que aplicó la norma contraria al DUE, en cuyo caso el plazo para reclamar queda en suspenso, y ha de considerarse que el daño se genera por la sentencia firme desestimatoria y es desde su fecha desde la que procede hacer el cómputo de los cinco años<sup>39</sup>.

— En cuanto a los requisitos de fondo, el Tribunal Supremo pone de relieve que la exigencia en todo caso de una “violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos” genera dudas desde la perspectiva del principio de equivalencia, si bien, al partir de que en este caso ya había sido constatada, no entra en el debate.

— Finalmente, hay que destacar que para el Tribunal Supremo “la institución de la responsabilidad del Estado legislador es “un último recurso arbitrado por el Legislador que permite que los ciudadanos puedan ser resarcidos por los perjuicios ocasionados por una norma nula por vulneración del Derecho europeo. Es suficiente con que se haya producido la aplicación de tal norma y que con dicha aplicación se haya ocasionado un perjuicio que, por la declaración de nulidad de la norma, no tiene el deber de soportar. Ese es el presupuesto de la responsabilidad, con independencia del específico régimen que esté previsto para dicha actividad.” De este modo, tiene su propia autonomía sustantiva y procesal, sin que quepa alegar cosa juzgada respecto de las acciones dirigidas a la anulación de un acto o a la devolución de unos ingresos, al no existir identidad de *causa petendi*.

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo lleva a cabo una “lectura” del régimen legal que es prácticamente una enmienda a la totalidad, “apurando” —a nuestro juicio, con buena intención, pero más allá de la literalidad— las posibilidades de la interpretación jurídica<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> De nuevo se reproduce aquí la solución dada meses antes en materia de responsabilidad por leyes contrarias a la Constitución en la STS de 14 de septiembre de 2020, Ar. 3710.

<sup>39</sup> Una vez más se remite a lo establecido meses atrás en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales en la STS de 14 de septiembre de 2020, Ar. 3710.

<sup>40</sup> Alonso García, M. C. (2021) considera que aún con la flexibilización que aporta articular en estos casos la responsabilidad sigue siendo enormemente complejo; Do-

Conviene en todo caso, notar, que esta sentencia fue invocada por el Reino de España —como veremos a continuación, infructuosamente— en defensa de que los preceptos de las Leyes 39 y 40/2015, que, bajo esta interpretación, podrían —se defendía— no ser disconformes con el DUE. Como a continuación notaremos, el TJUE, que sí podía por sí mismo declarar el incumplimiento por el legislador estatal y no estaba “maniatado” por la letra de la Ley, no fue tan “indulgente”.

Hasta tanto no se cambié el texto de las Leyes 39 y 40/2015, habrá de combinarse, pues, lo establecido en la Sentencia Comisión contra Reino de España y en esta jurisprudencia para interpretar nuestro sistema de responsabilidad del Legislador por infracción del DUE.

## **5. LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022, C-278/20, COMISIÓN CONTRA REINO DE ESPAÑA**

### **5.1. El artículo 32.5 como “cláusula de cierre”**

El Reino de España trató de hacer valer ante el TJUE que la regulación antes consignada había de interpretarse como una “cláusula de cierre” de un sistema global. Esto es, el particular que sufre un daño como consecuencia de la aplicación de una Ley contraria al DUE puede hacer uso de vías diversas para lograr el restablecimiento de su situación y solo si todas ellas se revelan como inefectivas entra en juego lo allí previsto. El sistema de garantías estaría conformado por la vía general de responsabilidad administrativa del artículo 32.1 Ley 40/2015, las vías del recurso contencioso-administrativo, en el que a una pretensión de anulación de un acto administrativo se puede anudar la solicitud de indemnización (artículos 31 de la Ley 29/1998), el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, que puede iniciarse a solicitud de interesado y en caso de estimarse puede incorporar a la resolución el reconocimiento de indemnización, o que en caso de inadmisión o desestimación abre la vía judicial (artículo 106 de la Ley 39/2015) y los procedimientos de devolución de ingresos indebidos (artículos 32 y 221 de la Ley 58/2003)<sup>41</sup>. De este modo, el artículo 32.5 de esta misma Ley sería una “vía adicional” que prevé una vía específica para los particulares que, habiendo interpuesto ya recurso contra el acto de aplicación de la ley contraria al DUE, han obtenido

---

ménech Pascual, G. (2022, 183), apunta que: “El Tribunal Supremo ha interpretado estos requisitos en un sentido muy laxo y favorable a la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado”. Para Leiva López, A. D. (2021, 196), esta flexibilización es bien recibida pero la regulación sigue siendo mejorable, en cuanto no deberían existir dos acciones independientes, sino más bien un procedimiento de revisión a través del cual el ciudadano afectado pueda ver resarcidos los daños sufridos.

<sup>41</sup> E incluso, de forma nos parece que poco pertinente, los procedimientos de extensión de efectos de sentencias en materia tributaria, de personal y unidad de mercado (artículo 110 de la Ley 29/1998) o la suspensión de recursos (artículo 111 de la Ley 29/1998).

una sentencia desestimatoria que no ha tenido en cuenta la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la disposición legal aplicado.

A mi juicio, este razonamiento, sin dejar de tener su mérito, no era convincente. Cuando un daño deriva de la aplicación de un acto que es una correcta aplicación de una Ley contraria al DUE, el daño ha de imputarse al Legislador, y no a la Administración. Así lo han enfocado siempre el TJUE en materia de responsabilidad de las Instituciones y el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad estatal, y así lo enfocó el legislador de 2015 cuando estableció un régimen específico que, en lo procesal, es un paralelo perfecto con la responsabilidad por leyes inconstitucionales. Ciertamente, hay un caso, que ha sido reiterativo en la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Legislador, tanto por infracción del DUE como de la Constitución, que ha generado multitud de equívocos, cual es el de la devolución de ingresos indebidos, que, en realidad, se diferencia del instituto de la responsabilidad y se inserta en la prohibición de enriquecimiento injusto, y que debería tener ese tratamiento —y no condicionarse en ningún caso a la culpa—. Pero fuera de este caso, parece que cuando la contradicción con el Derecho es imputable al Legislador, y la Administración se limita a cumplir con sus mandatos, ha de hablarse de responsabilidad del Legislador (el propio concepto de “responsabilidad” llama a ello). Además, la literalidad y la sistemática del precepto llevaban también a pensar que el 32.5 pretendía, en efecto, ser el precepto general regulador de la responsabilidad por Leyes contrarias al DUE.

Así lo estimaron tanto el Abogado General como el TJUE, advirtiendo esta responsabilidad no siempre presupone un acto administrativo de intermediación que pudiera permitir que entraran potencialmente en juego las otras vías invocadas<sup>42</sup>. Reténgase este argumento porque va a ser el *leitmotiv* de

---

<sup>42</sup> El Abogado general admitía que debe tenerse en cuenta el lugar de una disposición en el conjunto del procedimiento, pero ello no significa que haya que estudiar sistemáticamente todas las vías de recurso, que, con carácter general, permiten exigir la responsabilidad del Estado, en un caso en el que el objeto del recurso por incumplimiento se refiere solo a la del legislador, sino más bien que se requiere un análisis contextualizado y siempre que los procedimientos tengan el mismo objeto. Y ninguna de las vías mencionadas constituye una vía de recurso “ordinaria” que tenga por objeto ni permite la indemnización de los daños causados por el Estado *legislador* por infringir el Derecho de la Unión. El TJUE siguió el razonamiento de su Abogado General y recalcó que “[...] si bien el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales [...] la existencia de una jurisprudencia, aun cuando emane de un órgano jurisdiccional supremo, no basta, habida cuenta del carácter fundamental del principio de responsabilidad del Estado por aquellas infracciones que le sean imputables [...] y tomando en consideración lo expuesto en el apartado 76 de la presente sentencia Por tanto, si bien cabe considerar que este recurso es el cauce jurídico ordinario para exigir la responsabilidad del Estado, su interposición exige como condición previa el “funcionamiento de los servicios públicos”, concepto que no se refiere al legislador. En consecuencia, el citado recurso no cubre la indemnización por los daños ocasionados directamente por un acto u

toda la sentencia. No es así en los Derechos nacionales y menos aun en las relaciones entre el DUE y el Derecho nacional en el que no en testimoniales sino en múltiples ocasiones, el daño deriva de una Ley autoaplicativa o que regula relaciones entre particulares o de una omisión legislativa (baste pensar en lo frecuente de la responsabilidad derivada de la falta de transposición de directivas que impiden el disfrute de un derecho reconocido por el DUE, y en la importancia y frecuencia en que han dado origen a pronunciamientos sobre responsabilidad tanto del TJUE, al conocer de cuestiones prejudiciales interpretativas, como de los tribunales nacionales). Era un defecto en la propia concepción del precepto del que ya advertimos en 2016<sup>43</sup>, y que fue asimismo señalado por la doctrina especializada<sup>44</sup>. Y es que, como apuntamos en aquel trabajo, el Legislador de la Ley 40/2015 adolecía de un grave defecto en la comprensión del régimen de responsabilidad por infracción del DUE<sup>45</sup>, lo que se manifestaba en esta perspectiva simplista de la estructura u origen de los daños imputables al Legislador nacional, casos todos ellos (leyes que se aplican por acto administrativo, Leyes sin acto de aplicación, omisiones legislativas) para los que el DUE establece y el Tribunal Supremo aplica un mismo régimen de responsabilidad (y, en particular, exige la concurrencia de una “violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos”, también cuando el daño se causa “por acto interpuesto”).

A mi juicio, el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 incurrió en esa miopía — el “asimismo” de su segundo párrafo es significativo de que se pretende regular la responsabilidad derivada de leyes contrarias al DUE en su conjunto—. Como defendí entonces, la única manera que se me ocurría de entender compatible la previsión del artículo 32.5 LRJSP habría sido interpretar que el legislador nacional había optado por un mecanismo singular de reapertura del plazo para reclamar en el caso de los daños causados por la aplicación de actos de aplicación de leyes contrarias al DUE, al que podrían acogerse desde que el TJUE dicta una sentencia que pone de manifiesto la disconformidad de la Ley española con el DUE 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 DUE (sin siquiera plantear la cuestión ante el TJUE, aplicando incorrectamente la doctrina del acto claro), sin que pudiera oponérseles el principio de cosa juzgada<sup>46</sup>. Pero ciertamente, como

---

omisión del legislador nacional como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión cuando tales daños no puedan ser imputados a la actividad de los servicios públicos” para garantizar con la claridad y la precisión requeridas que el artículo 32, apartado 3, párrafo primero, de la Ley 40/2015 ofrezca un recurso que permita descartar sin ulterior examen las críticas que la comisión formula en su primer motivo” (apartado 81)

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 101.

<sup>44</sup> En el mismo sentido, Cobreros Mendazona, E. (2018, 471); o Galán Vioque, R. (2016, 5).

<sup>45</sup> Guichot, E (2016, 94).

<sup>46</sup> Guichot, E. (2016, 96). Apunta su adhesión a esta posibilidad de interpretación Cobreros Mendazona, E. (2018, 470-471). En sentido crítico con el TJUE, Fernández

ya advertía, era solo la forma de salvar una regulación, que, como también apuntaba, demostraba “un desconocimiento notable de la materia a regular e incluso de dónde regularla”<sup>47</sup>.

## 5.2. La regulación del “procedimiento” y su compatibilidad con el principio de efectividad

La regulación en las Leyes 39 y 40/2015 de los aspectos “procesales” (valga, aunque ya hemos argumentado lo relativo de esta distinción, y lo discutible de englobar en estos aspectos la relación entre la conducta procesal de los perjudicados y el nexo de causalidad o lo que atañe a la extensión del daño indemnizable) de la responsabilidad del Legislador por infracción del Derecho europeo reproduce miméticamente la regulación de esas mismas cuestiones en relación con la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales.

Este régimen fue cuestionado por los siguientes aspectos.

### 5.2.1. *El condicionamiento de la posibilidad de indemnización a la existencia de una previa declaración de la Ley como contraria al Derecho de la Unión Europea*

En 2016 avancé que este requisito era manifiestamente contrario al principio de efectividad<sup>48</sup>, y en ese mismo sentido se pronunció unánimemente la doctrina<sup>49</sup>, por cuanto escapa a la lógica del sistema jurisdiccional comuni-

---

Farreres, G. (2022, 36-39). Para dicho autor, el análisis del TJUE es acertado en relación con la no complementariedad entre el artículo 32.5 y el 32.3, pero no con el 32.1, que sí daría cobertura a la responsabilidad por actos de aplicación de leyes contrarias al DUE, dejando tan solo fuera el caso de daños derivados de leyes autoaplicativas, que a su juicio sería un “supuesto excepcional”. “No resulta fundada, por consiguiente, la conclusión primera a la que llega el TJUE. Se trata de una conclusión excesiva y, al menos, parcialmente errónea.” En línea con lo que sugerí en aquel trabajo, apunta que el artículo 32.5 podría servir para reabrir el plazo o posibilitar que, habiéndose ejercitado previamente sin éxito, de pudiera instar de nuevo la acción. En los casos de leyes autoaplicativas, en que el daño lo causa directamente la ley o derivada de omisiones, reconoce que habría que arbitrar un procedimiento específico.

<sup>47</sup> Guichot, E. (2016, 101).

<sup>48</sup> Guichot, E. (2016, 95-96). Añadía que “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.”

<sup>49</sup> Cobreros Mendazona, E. (2018, 469), o (2020, 63); García De La Rosa, C. (2017, 336); Huelin Martínez De Velasco, J. (2019, 177); Iranzo Cerezo, I. (2020, 219); Ma-

tario. Los particulares no tienen derecho alguno a exigir de la Comisión que entable el recurso por incumplimiento, decisión libérrima 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. El juez nacional tiene encomendada la protección primaria de los derechos otorgados al particular por el ordenamiento comunitario<sup>50</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>51</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. En fin, estos principios estaban asentados sin discusión. Lo cierto es que el propio TJUE ya lo había dejado rotundamente establecido en su jurisprudencia en materia de responsabilidad<sup>52</sup>. Y, como hemos visto, lo había señalado así el propio Tribunal Supremo en su sentencia “interpretativa” de la regulación legal.

No es de extrañar, por tanto, que, acogiendo este argumento esgrimido por la Comisión, tanto el Abogado General<sup>53</sup> como el TJUE<sup>54</sup> se hayan limitado a recordar la jurisprudencia inequívoca que impide supeditar la reparación a un previo pronunciamiento del TJUE, sea en el marco de un recurso por incumplimiento o en el de una cuestión prejudicial, por imperativo del principio de efectividad<sup>55</sup>.

---

cías Castaño, J. M. (2021, 483), Ruiz López, M. A. (2021, 2802); Toledano Cantero, R. (2018, 680).

<sup>50</sup> 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).

<sup>51</sup> Ese y no otro es el sentido del pronunciamiento sobre la preexistencia de una sentencia por incumplimiento en la Sentencia *Francovich*, apartado 44.

<sup>52</sup> Apartado 95 de la Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*.

<sup>53</sup> Punto 72 de sus Conclusiones.

<sup>54</sup> Apartado 106.

<sup>55</sup> El Reino de España defendió que el sistema de responsabilidad del legislador por infracción del DUE no exige con carácter general tal pronunciamiento, sino que

5.2.2 *La exigencia de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una 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 su entronque con el nexo de causalidad)*

Como vimos, en la Sentencia Transportes Urbanos el TJUE examinó el requisito de una previa reacción frente al acto de aplicación de una Ley posteriormente declarada contraria al Derecho de la Unión Europea desde la óptica del principio de equivalencia, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no lo exigía cuando el daño derivada de la aplicación de una Ley inconstitucional. Afirmada su vulneración, no hubo de examinar si un requisito tal era contrario al principio de efectividad. Como notamos, a partir de la mencionada Sentencia, el Tribunal Supremo pasó a equiparar ambos regímenes desde las propias sentencias que dieron ocasión a la cuestión prejudicial decidida en la STJUE Transportes Urbanos y, en consecuencia, a no exigir, tampoco en el caso de la responsabilidad por infracción del DUE, el mencionado requisito, y a admitir toda reclamación presentada en el plazo de un año desde la publicación de una sentencia del TJUE que pusiera de manifiesto la contradicción de la Ley nacional con el Derecho de la Unión Europea, se hubiera o no impugnado previamente el acto de aplicación<sup>56</sup>. Este planteamiento fue objeto de crítica por parte de un sector doctrinal, que consideró que, puesto que el régimen de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales era una creación jurisprudencial y, por ello mismo, podía ser reconfigurado por la propia jurisprudencia, hubiera sido más razonable una equiparación “al alza” y no “a la baja”, exigiendo siempre del perjudicado la búsqueda de lo que se ha llamado la “tutela judicial primaria”<sup>57</sup>. Sin embargo, difícilmente podía esperarse del Tribunal Supremo que hubiera acogido esa vía, en la medida en que alinear “al alza” habría sido abiertamente contradictorio con su propia argumentación, taxativa, en sede de responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales, que ha mantenido que no puede exigirse esa carga al particular habida cuenta de la presunción

---

el artículo 32.5 establece tan solo una vía “adicional” o “residual” que opera cuando la reclamación ha de enfrentarse el efecto de cosa juzgada. Se situaba la argumentación en línea con la que propusimos para salvar la conformidad del precepto con el DUE propusimos en el trabajo de 2016, a la que antes nos hemos referido, pero esta aproximación fue rechazada tanto por el Abogado general como por el TJUE, en coherencia con el previo descarte —como acabamos de ver en el epígrafe anterior— de la idea de que el artículo 32.5 establece un “recurso adicional” a otras vías de recurso, y en ausencia de toda mención en el precepto al principio de cosa juzgada, añadiéndose que la responsabilidad no afecta a la cosa juzgada, al no concurrir identidad de objeto ni necesariamente de partes, en línea con la jurisprudencia *Köbler* (STJUE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01, apartado 39).

<sup>56</sup> SSTS de 17 de septiembre de 2010, Ar. 798 y 8095.

<sup>57</sup> Así, Rodríguez De Santiago, J. M. (2011).

de constitucionalidad de las leyes y de la falta de legitimación de los ciudadanos para impugnarlas, de tal modo que exigir la impugnación del acto de aplicación hasta agotar las vías de recurso administrativas y contenciosas solicitando sin éxito el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, llevaría a consecuencias “absurdas” y a una litigiosidad “desproporcionada y por ello inaceptable”<sup>58</sup>.

Fue el Legislador de 2015 el que optó por la vía contraria al Tribunal Supremo, en línea con lo propugnado por ese sector de la doctrina, la de igualar “al alza” estableciendo este requisito para la responsabilidad del Legislador, cualquiera que fuera el ordenamiento vulnerado. De este modo, el TJUE ha debido conocer, ya desde la óptica, no del principio de equivalencia sino del principio de efectividad, tanto la cuestión de si es exigible una sentencia firme desestimatoria previa como la de si es preciso que, además, se haya invocado la concreta infracción efectivamente declarada.

— La respuesta a la primera cuestión estuvo de nuevo —primer *leitmotif*— marcada por el dato de que el régimen de responsabilidad del Legislador acogido en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 obvia todos los supuestos diferentes al del daño causado por el acto de aplicación de la Ley contraria al DUE. De este modo, tanto el Abogado General<sup>59</sup> como el TJUE consideraron que, en los demás casos, ese requisito tiene por efecto impedir el ejercicio de cualquier acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, añadiendo el TJUE que no cabe exigir al perjudicado un comportamiento activo consistente en provocar la adopción de un acto administrativo que pueda impugnar a continuación, ya que no cabría considerar en ningún caso que tal acto hubiese causado el daño alegado<sup>60</sup>. Pero tanto uno como otro entendieron que, para el caso de daños derivados de la ejecución mediante acto administrativo de leyes contrarias al DUE, este no se opone a que el Derecho nacional acoja un requisito de este tenor, ya que no se obliga a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan, agotando todos los recursos disponibles, lo que crearía dificultades excesivas y les exigiría una actuación irrazonable, sino únicamente que se haya obtenido una sentencia firme tras un recurso en cualquier instancia contra ese acto de ejecución de la ley. En consecuencia, el artículo 32.5 Ley 40/2015 vulnera el principio de efectividad al no prever una excepción para los casos en que la responsabilidad deriva de la Ley o de una omisión legislativa sin que exista una actuación administrativa impugnada<sup>61</sup>, lo cual por lo demás ya derivaba de la Sentencia *Danske Slagterier*. El TJUE aprovecha para aclarar algo obvio: que ni el que este tipo de daños fueran ocasionales justificaría una vulneración del principio de efectividad, ni, en realidad, en el DUE, con sus obligaciones de trasponer Directivas en plazo, lo son<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Doctrina asentada desde la STS de 13 de junio de 2000, Ar. 5939.

<sup>59</sup> Puntos 88 y 89 de sus Conclusiones.

<sup>60</sup> Apartado 127.

<sup>61</sup> Apartado 128.

<sup>62</sup> Apartado 129.

— Por otra parte, la Ley 40/2015 exige, además, que se haya alegado en el recurso contra el acto de aplicación “la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada”. El debate principal<sup>63</sup> aquí es que esta exigencia implica que el recurso contra el acto debió fundarse en la misma disposición concreta infringida. Tanto el Abogado General<sup>64</sup> como el TJUE<sup>65</sup> consideraron que prever qué infracción del DUE será estimada por los tribunales constituye una carga excesiva para el perjudicado, contraria al principio de efectividad.

### 5.2.3. *Las disposiciones relativas al plazo para ejercitar la acción y al período a tomar en consideración (y su entronque con el daño indemnizable)*

El recurso por incumplimiento planteaba también la conformidad con el DUE de las limitaciones en cuanto al plazo y el alcance del daño indemnizable.

— La respuesta al *dies a quo* está condicionada por la previa declaración de contrariedad con el DUE del requisito de la existencia de una previa sentencia del TJUE que declare la infracción —segundo *leitmotif*—. Así lo advertimos en el mencionado trabajo de 2016, señalando que, puesto que el control de conformidad de la ley con el DUE 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 ya había apuntado en su Sentencia *Danske Stagterier*<sup>66</sup> y como ilustra la jurisprudencia en materia de responsabilidad de las Instituciones<sup>67</sup>. Una cuestión distinta, aunque directamente relacionada es la de si el principio

<sup>63</sup> También se debatía si la dicción legal limitaba la responsabilidad a los casos de vulneración de normas con efecto directo, como sostenía la Comisión y negaba el Reino de España, pero el argumento no tuvo mayor recorrido en las Conclusiones del Abogado General y en la Sentencia.

<sup>64</sup> Puntos 102 y 103.

<sup>65</sup> Apartado 144.

<sup>66</sup> Al respecto, la STJUE de 24 de marzo de 2009, Asunto c-445/06, *Danske Stagterier*, 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. 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.

<sup>67</sup> Guichot, E. (2016, 95).

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 con el Derecho de la Unión. Pero se trata en este caso 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 efectiva del daño, a efectos de no entender prescrito el plazo para reclamar. Lo que no solo nunca ha validado el TJUE, sino que ha descartado expresamente, es que solo pueda reclamarse cuando el propio TJUE haya declarado la disconformidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión. De esta forma, decíamos entonces, 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 podía adquirir sentido —frágil, cuestionable, por cuanto el precepto parecía en realidad contemplar miopemente una única estructura de daños derivados de actos de aplicación— pues posibilitaba que obtuvieran 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 DUE (y ni siquiera plantearon la cuestión ante el TJUE, aplicando incorrectamente la doctrina del acto claro), sin que pudiera oponérseles el principio de cosa juzgada. Descartada esta posible interpretación “alternativa” que trataba de salvar la conformidad del precepto con el DUE el precepto estaba abocado a su inexorable disconformidad con el DUE<sup>68</sup>. Así lo estimaron tanto el Abogado general<sup>69</sup> como el TJUE, que precisó que la consecuencia de la aplicación del principio de efectividad es que la eventual sentencia del TJUE no puede constituir “el único punto de partida posible del plazo de prescripción”<sup>70</sup>.

— En cuanto a la limitación del alcance temporal del daño indemnizable, ya advertíamos en 2016 que no era compatible con el principio de efectividad

<sup>68</sup> Para la Comisión, en la medida en que la responsabilidad de los Estados no se condiciona en el DUE a una sentencia del TJUE que declare el incumplimiento, ambas previsiones son contrarias al principio de efectividad. El Reino de España defendía que en la medida en que el daño deriva en estos casos de una norma general, el plazo general solo puede empezar a correr desde la publicación de la sentencia que declara que la norma es contraria a Derecho, “pues solo esta permite tener conocimiento de tal ilegalidad y, por tanto, del perjuicio”. Obsérvese que el razonamiento estaba en línea con la idea de que el plazo de un año opera a partir del *dies a quo* de la sentencia que crea la *actio nata*, pero la argumentación es radicalmente contradictoria con la imposición de la obligación de recurrir el acto pues hasta entonces no se tiene conocimiento de la ilegalidad y por tanto del perjuicio, por utilizar la misma expresión en negativo.

<sup>69</sup> Puntos 108-110 de sus Conclusiones.

<sup>70</sup> Apartado 159.

la regla, de nuevo trasladada miméticamente desde el contexto de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, y limitadora de la reparación integral, según la cual solo 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, 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 nacionales, puede limitar en el tiempo los efectos de las sentencias que declaran la desconformidad de las leyes nacionales con el DUE, siendo la regla en caso contrario la de los efectos *ex tunc* 71. No puede hacerlo, tampoco, el propio legislador nacional<sup>72</sup>.

Tanto el Abogado general como el TJUE han estimado, en esta línea, que el principio de autonomía procedimental en relación con la cuantía y la evaluación del daño tiene como límite el principio de efectividad, que exige la compensación integral de los perjuicios efectivamente sufridos<sup>73</sup>. De este modo, aparte de que la indemnización no está condicionada a una previa sentencia del TJUE que declare la infracción, la limitación a cinco años tiene como efecto hacer en la práctica imposible o muy difícil la indemnización, si se tiene en cuenta la lógica de las acciones judiciales ante el TJUE, así como la exigencia de reacción previa contra el acto<sup>74</sup>. El TJUE parece, pues, considerar que cualquier limitación en el tiempo establecida por ley es contraria al derecho a la reparación integral<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Como expone Cobrerros Mendazona, E. en un esclarecedor trabajo (2016a, 99) “han de concurrir dos 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.

<sup>72</sup> En esta línea cuestionaban también su compatibilidad con el principio de efectividad y con la competencia exclusiva del TJUE para limitar los efectos de sus sentencias anulatorias, García De La Rosa, C. (2017, 333-334) o Iranzo Cerezo, I. (2020, 221-224). Huelin Martínez De Velasco, J. (2019, 178), lo cuestiona desde la perspectiva del principio de efectividad. Macías Castaño, J. M. (2021, 484), desde el de reparación íntegra. Como voz discrepante, Toledano Cantero, R. (2018, 679-680), para quien “[I]a introducción de alguna limitación temporal no parece irrazonable, y en este sentido se ha pronunciado el TJUE, afirmando que el principio de responsabilidad patrimonial no se opone a que una ley nacional limite el período de devolución de los impuestos soportados [...]”

<sup>73</sup> Apartado 164.

<sup>74</sup> Apartado 166.

<sup>75</sup> Para Fernández Farreres, G. (2022, 45), el TJUE no aporta “una justificación clara y solvente de la conclusión a la que llega”.

### 5.3. La regulación de los requisitos “de fondo” y su compatibilidad con el principio de equivalencia. Una “reorientación” del significado de este principio

La inmensa mayoría de la doctrina consideró que, al reproducir los requisitos de fondo de la responsabilidad en el artículo 35.2, párrafo segundo, el Legislador de la Ley 40/2015 incurría en una infracción del principio de equivalencia, al exigir una ilegalidad cualificada que no se requiere para la responsabilidad por leyes inconstitucionales<sup>76</sup>.

Así lo entendió también la Comisión Europea<sup>77</sup>. El Reino de España venía a defender, como ya hiciera, infructuosamente, en el asunto Transportes Urbanos, que no se trataba de acciones equivalentes, pero, consciente de la debilidad de la reiteración de este argumento, argüía subsidiariamente que el artículo 32.5 se limita a codificar los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TJUE, que, en cualquier caso, eran inherentes al régimen de responsabilidad del Estado legislador en caso de inconstitucionalidad —argumento este, como sabemos, manifiestamente falso—.

Pues bien, el TJUE, siguiendo a su Abogado General Szpunar<sup>78</sup>, ha optado por una interpretación inesperada y, me parece, contradictoria con su jurisprudencia anterior.

En efecto, el Abogado general parte de que la equivalencia ya había sido establecida por el TJUE en la Sentencia Transportes Urbanos, y ni siquiera entra al argumento según el cual el régimen español de responsabilidad por Leyes inconstitucionales es similar al europeo, pero sí atiende al relativo a que se limita a codificar la jurisprudencia europea, que, a partir de la expresión “necesarios y suficientes”, interpreta ahora del siguiente modo: al ser necesarios, si alguno de ellos no concurre, el Derecho de la Unión no obliga a indemnizar. Solo si concurren entra en juego el Derecho nacional para regular “las modalidades de ejercicio tanto procesales como sustantivas, y el

<sup>76</sup> Alonso García, M. C. y Martín Delgado, I. (2020, 167 y 170); Cobreros Mendazona, E. (2016b, 338) (como vimos, enfocado como vulneración de la obligación de trato similar a las reclamaciones basadas en el Derecho nacional cuando es más favorable); Domenech Pascual, G. (2018, 420-421); Galán Vioque, R. (2016, 7); García De La Rosa, C. (2017, 330); Iglesias Sánchez, S. (2022, 123-124); Iranzo Cerezo, I. (2020, 215); Leiva López, A. D. (2021, 189 y 196); Huelin Martínez De Velasco, J. (2019, 175); Macías Castaño, J. M. (2021, 483).

<sup>77</sup> En escrito de 20 de noviembre de 2018, el Gobierno español anunció que remitiría a la Comisión un proyecto normativo para acomodar la regulación legal al Derecho de la Unión Europea, lo que hizo el 21 de diciembre de 2018. El 15 de mayo de 2019 la Comisión expuso que el proyecto podía quizás solucionar la contradicción con el principio de equivalencia, pero no la incompatibilidad con el principio de efectividad. El Gobierno español respondió el 31 de julio de 2019 que no podía formular nuevas propuestas normativas porque estaba en funciones.

<sup>78</sup> Conclusiones de 9 de diciembre de 2021.

contenido” —que incluye por ejemplo el tipo de daño indemnizable— del derecho a obtener reparación con respeto a los principios de equivalencia y efectividad, lo que se justifica por la necesidad de “una aplicación uniforme del Derecho de la Unión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”. De este modo, el principio de equivalencia no exige igualar los requisitos sustantivos de la responsabilidad por infracciones equivalentes del DUE y del Derecho nacional.

El TJUE, pese a haber comenzado la argumentación general de su sentencia con el recordatorio de los principios sentados en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame* 79, y, con una mención expresa a los principios de equivalencia y efectividad<sup>80</sup>, hace suyo, en gran medida, este razonamiento. Los requisitos sustantivos fijados por el TJUE y traídos de jurisprudencia en materia de responsabilidad de las Instituciones serían en todo caso exigibles, y una vez reunidos, “incumbe al Estado miembro, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio que haya causado al infringir el Derecho de la Unión”, que el TJUE ahora focaliza en los aspectos procesales: “designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el DUE confiere a los justiciables”. El principio de equivalencia y el de efectividad tendrían juego, así, solo en materia procesal.

Para defender esta argumentación —que a mi juicio supone un cambio, como luego razonaré—, el TJUE da un ligero giro “retrospectivo” a sus propias palabras, muy significativamente, y como hiciera en el pasado tanto en materia de responsabilidad de las Instituciones como de los Estados, para acomodar lo que se dijo a lo que ahora se quiere decir<sup>81</sup>. Afirma ahora que “el

<sup>79</sup> “Estos tres requisitos son necesarios y suficientes para generar, en 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 32)

<sup>80</sup> “Sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho de la Unión desde el momento en que se reúnen los tres requisitos mencionados en el apartado 31 de la presente sentencia, incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad) [...]” (apartado 33)

<sup>81</sup> En el primer ámbito, partió de afirmar un régimen por mera ilegalidad, basado en a otro por culpa grave en el caso de los actos normativos que implican opciones de política económica, justificándolo en que “el poder legislativo, incluso allí donde existe un control jurisdiccional sobre la validez de sus actos, no debe verse frenado en su actividad ante la perspectiva de posibles acciones de responsabilidad”, para después aplicarlo a todo acto de alcance general, incluido los reglamentos técnicos de desarrollo de la Comisión, con una sutil adaptación de su argumentación, omitiendo la refe-

Tribunal de Justicia ya ha puntualizado en numerosas ocasiones que, si bien los Estados miembros pueden establecer que se les exija responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos que los establecidos por el Tribunal de Justicia, debe considerarse que se incurre en esta responsabilidad sobre la base no del Derecho de la Unión, sino del Derecho nacional”, “coletilla” que, sin embargo, no figura en los dos pronunciamientos citados en apoyo de esa afirmación, uno de ellos la propia sentencia *Brasserie*<sup>82</sup>. Aún más, el TJUE afirma también que “con carácter general, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho”<sup>83</sup>, para lo que se apoya en otra sentencia que nos es conocida, Transportes Urbanos, de nuevo retocando ligera pero trascendentalmente el sentido del apartado al que se remite y descontextualizándolo, omitiendo el anterior y el posterior que llevaban justamente a la solución contraria a la que ahora defiende, esto es, la de que “según jurisprudencia reiterada” sí hay que extender el régimen de los recursos internos cuando se trata de reclamaciones semejantes<sup>84</sup>.

rencia a los “actos legislativos” y trocándola por “actos reglamentarios” y la referencia al “poder legislativo” por otra a “las Instituciones”. En el segundo, como recordamos al inicio de este trabajo, en *Francovich* el dictado era 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”, que en *Brasserie du Pêcheur/Factortame* se unificaba el régimen de responsabilidad de los Estados y de las Instituciones acogiendo una justificación que equipara discursivamente la “regulación de situaciones complejas”, la “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 se refiriera para exigir una ilegalidad grave en materia de responsabilidad de las Instituciones, y que en *Hedley Lomas*, sin embargo, extendió a cualquier actuación estatal, exista o no tal margen de complejidad, dificultad de aplicación o apreciación. Hemos estudiado con detalle este proceder en *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

<sup>82</sup> Apartado 182, que se remite a las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 66, y de 8 de julio de 2021, *Koleje Mazowieckie*, Asunto C-120/20, apartado 62.

<sup>83</sup> Apartado 183.

<sup>84</sup> En efecto, el TJUE remite a su apartado 34, aislándolo del 33 y el 35 y añadiendo un “con carácter general” que da vuelta al sentido de la argumentación. Nótese la literalidad de dicha sentencia: “Por lo que se refiere al principio de equivalencia, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, dicho principio exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de septiembre de 1998, *Edis*, C-231/96, Rec. p. I4951, apartado 36; de 1 de diciembre de 1998, *Levez*, C-326/96, Rec. p. I7835, apartado 41; de 16 de mayo de 2000, *Preston* y otros, C-78/98, Rec. p. I3201, apartado 55, y de 19 de septiembre de 2006, *i-21 Germany* y *Arcor*, C-392/04 y C-422/04, Rec. p. I8559, apartado 62). No obstante, este principio no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un

La Comisión había subrayado la contradicción que esta solución supon­dría con la literalidad del principio afirmado hasta ahora desde *Francovich* según el cual son tanto los requisitos de forma como los de *fondo* los que no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de carácter interno, mención omitida ahora por el TJUE. Este contraargu­menta que, si bien eso es cierto, “no es menos cierto, como se deduce del propio tenor de esta jurisprudencia, que esta precisión se refiere siempre a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indem­nización de daños una vez que el derecho a ser resarcido haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión”. Ahora bien, esto, que en realidad es un giro interpretativo, no se apoya, lógica y consecuentemente, en cita de precedente alguno, sino, como se ve, en el “propio tenor de la jurisprudencia”, un tenor desconocido hasta este momento por la doctrina y por la propia Comisión Europea<sup>85</sup>.

El sentido del pronunciamiento es, a mi juicio, el siguiente: el DUE obliga a indemnizar los daños causados directamente por una violación suficiente­mente caracterizada de una norma atributiva de derechos. Si concurren estas condiciones y a falta de una mayor armonización europea, corresponde a los Estados, por el principio de autonomía procesal, regular los aspectos proce­dimentales de la reclamación, que en realidad parecen cernirse a designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales, y ello siempre dentro del respeto a los principios de efectividad y equivalencia respecto de reclamaciones semejantes conforme al derecho interno. Un Estado puede, eso sí, regular los requisitos de fondo de forma más generosa al estándar comunitario, que se convierte en un mínimo, pero no está obligado a ello, tampoco cuando su sistema de responsabilidad para reclamaciones equivalentes basadas en el Derecho interno sea menos restrictivo.

---

Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho (sentencias *Levez*, antes citada, apartado 42; de 9 de febrero de 1999, *Dilexport*, C-343/96, Rec. p. 1579, apartado 27, y de 29 de octubre de 2009, *Pontin*, C-63/08, Rec. p. 10000, apartado 45)” (apartado 34). En consecuencia, para comprobar si se respeta el principio de equivalencia en el litigio principal, es preciso examinar si, habida cuenta de su objeto y de sus elementos esenciales, la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por *Transportes Urbanos*, basada en la infracción del Derecho de la Unión, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución pueden considerarse similares (véase, en este sentido, la sentencia *Preston* y otros, antes citada, apartado 49) (apartados 33 a 35).

<sup>85</sup> Apartado 184.

## 6. VALORACIÓN

### 6.1. Las contradicciones “de bulto” de la regulación española de la responsabilidad del Legislador con el DUE

En el mencionado trabajo de 2016 del que este constituye una suerte de “segunda parte” apunté que el régimen legal español de la responsabilidad por infracción del DUE adolecía, a mi 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 parecía claramente, en diversos aspectos nucleares, contrario a la jurisprudencia del TJUE<sup>86</sup>. La STJUE Comisión contra Reino de España lo ha confirmado en los aspectos más groseros.

Así, frente a la estrecha concepción del Legislador español de 2015, no todos los daños por infracción del DUE son imputables al legislador, ni todos los que sí lo son responden al esquema de un acto administrativo de aplicación de una Ley contraria al DUE (primer *leitmotif* de la sentencia) y frente al condicionamiento de la indemnización a una previa sentencia del TJUE que declara el incumplimiento por el Legislador estatal del DUE, el juez nacional es juez del DUE y puede y debe constatar dicho incumplimiento y en su caso conceder la indemnización si concurren los requisitos de fondo y forma (segundo *leitmotif*), razón por la cual no puede computar el plazo para reclamar únicamente desde la publicación de una sentencia del TJUE que no es condición necesaria. Como se notó, ya el Tribunal Supremo se había adelantado a estas conclusiones en su sentencia de noviembre de 2020.

Advirtiendo estas contradicciones flagrantes con el DUE, en aquel trabajo apunté que la única posible fórmula imaginativa que se me ocurría para tratar de acomodar este régimen legal al DUE era la de sostener que lo así regulado era tan solo un caso específico, el de la responsabilidad derivada de actos de aplicación en los casos en que dichos actos han sido confirmados por sentencia firme y pesa sobre ellos el efecto de cosa juzgada; solo así contemplado, podría sostenerse que interpretada de esta manera, la previsión sí adquiriría sentido, pues posibilitaba que obtuvieran 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 pudiera oponérseles el principio de cosa juzgada<sup>87</sup>. El TJUE ha optado por la solución más directa: considerar que el 32.5 de la Ley 40/2015 no es una “cláusula de cierre”, sino que contiene el régimen general de responsabilidad del Legislador y que, siendo así, adolece de las manifiestas contradicciones con el DUE subrayadas.

<sup>86</sup> Guichot, E. (2016, 94).

<sup>87</sup> Guichot, E. (2016, 96).

Además, como también sostuve entonces, el TJUE ha recalcado que ni Legislador nacional ni el Juez nacional pueden determinar, con una restricción procesal, el alcance del daño indemnizable, lo que es contrario al principio de indemnización integral. En esto, ha enmendado de paso al Tribunal Supremo que había considerado que esta limitación al derecho de resarcimiento, ponderando la seguridad jurídica y los intereses generales, era un ejercicio de su legítima potestad, contra el que no cabía reproche alguno.

### **6.2. La nueva interpretación del principio de equivalencia y la voluntad de “uniformar” el régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del DUE**

En lo que hace a la interpretación del principio de equivalencia respecto de los requisitos materiales —dentro de lo relativa de esta clasificación, como he ido repitiendo machaconamente en este trabajo—, la Sentencia Comisión contra Reino de España encierra un giro, desde luego sorprendente no solo para la Comisión sino también para la generalidad de la doctrina, española y del resto de Europa. Hasta esta sentencia, el entendimiento general era que la igualación de las condiciones de fondo y forma respecto de reclamaciones semejante suponía la extensión automática del régimen nacional si era más favorable, fundada en la idea de que el ciudadano no puede tener una menor garantía de sus derechos en función de la naturaleza de la infracción (del Derecho nacional o del europeo), con la consecuencia de que si el DUE es el infringido sus posibilidades de resarcimiento puedan disminuir si el régimen nacional de responsabilidad por leyes inconstitucionales es más generoso. El principio queda ahora reducido a que el Legislador nacional *puede* —voluntariamente, pues, no imperativamente— regular los requisitos de fondo de la responsabilidad por infracción del DUE de forma más favorable a los que exige la jurisprudencia (“violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos”), sea armonizándolo o no con la responsabilidad por infracciones semejantes del Derecho interno, creándose en ese caso una asimetría en el nivel de garantía de los ciudadanos europeos, que puede ir más allá del mínimo comunitario (lo que, por cierto, tampoco se compadece con la dicción de “necesarias y suficientes”). Como se ha documentado, *supra*, parece haber operado de este modo con una técnica que nos es conocida, porque ha sido empleada en materia de responsabilidad de las Instituciones y en la de los Estados, la del ligero retoque o la descontextualización de fundamentaciones precedentes para acomodarlas a la nueva “política judicial”.

### **6.3. El debate entre “tutela primaria” y “acción de responsabilidad”**

Ha quedado apenas en pie, en la regulación “procesal” del artículo 32.5, la posibilidad de condicionar la plena indemnización a la búsqueda de la que

algunos autores llaman la “tutela primaria” impugnando el acto de aplicación del que deriva de forma inmediata el daño, con toda una serie de importantes matices: se trata de una *posibilidad* regulatoria para los Derechos nacionales, no de un requisito que derive del DUE; solo cabe aplicarla a los casos en que el daño deriva de un *acto* de aplicación de una norma contraria al DUE, pero no a los derivados de leyes autoaplicativas u omisiones legislativas; no puede exigirse el agotamiento de todos los recursos judiciales disponibles, sino tan solo haber interpuesto sin éxito *un* recurso judicial; y no puede supeditarse la reparación a que los que recurrieron sin éxito lo hicieran invocando en concreto la misma infracción finalmente estimada por el TJUE o por el tribunal nacional, bastando que se haya invocado *cualquier infracción aunque no sea la efectivamente constatada* a posteriori.

Este posible requisito de la “tutela judicial primaria”, sin ninguno o solo con alguno de esos matices, ha sido defendido entre nosotros por solvente doctrina, tanto en relación a la responsabilidad por leyes inconstitucionales como contrarias al DUE, y ello antes de su acogida en la Ley 40/2015<sup>88</sup>, con posterioridad a la misma<sup>89</sup>, o tras su parcial validación por la Sentencia Comisión contra Reino de España<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Así, Alonso García, C. (2010) se mostraba 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. Rodríguez De Santiago, J. M. (2011) defendía 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.

<sup>89</sup> Alonso García, M. C. y Martín Delgado, I. (2020, 176), consideran que es “loable el propósito que persigue el legislador de que la declaración de contrariedad de una ley respecto del parámetro europeo no permita amparar a quienes se aquietaron ante los actos de ejecución de la misma, sin cuestionar su validez”. Para Doménech Pascual, G. (2022, 191) la regla dominante en el Derecho español, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho comparado sería que la acción resarcitoria es subsidiaria y dependiente de las acciones que pueden utilizarse frente a la aplicación de la norma cuestionada. Exigir a las víctimas que traten de mitigar diligentemente el daño no es una carga desproporcionada. González Alonso, A. (2016) juzga la exigencia acertada, con el siguiente razonamiento. En el caso de la responsabilidad por leyes constitucionales, “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 en estos supuestos 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

Nota 90 en página siguiente

Por mi parte, discrepo de esta posición, en línea con otro sector doctrinal<sup>91</sup>, por una serie de argumentos:

— En primer lugar, el DUE regula sectores absolutamente heterogéneos de actividad y afecta tanto a grandes empresas como a ciudadanos de a pie. Por ello mismo, resulta fuera de toda proporción considerar que todo afectado por la aplicación de una ley ha de enjuiciar con sus conocimientos la posible conformidad de cualquier norma interna con el DUE y recurrir el acto de aplicación so pena de ver, no ya minorada, sino, en realidad y al ser un condicionante procesal, excluida una futura indemnización si posteriormente la norma interna se revela contraria al DUE. Y si —lo que me parece irreal— así lo hicieran, se daría origen o bien a una miríada de recursos preventivos, que habrían de analizar la legalidad de cualquier precepto impugnado, en sus respectivas instancias, con la consiguiente carga financiera para los ciudadanos y para el Estado y colapso de los tribunales. Una exigencia tal, en fin, lleva a una sus-

---

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.

<sup>90</sup> Fernández Farreres, G. (2022, 27-28), con remisión a la posición de Rodríguez De Santiago, J. M. (2011).

<sup>91</sup> Así, para Galán Vioque, R. (2016, 5), esta exigencia “va a alentar innecesariamente una elevadísima litigiosidad con un mero carácter preventivo, que resulta difícilmente justificable”. En el mismo sentido, para Huelin Martínez De Velasco, J. (2019, 177), esta exigencia “propicia la litigiosidad preventiva”. Iranzo Cerezo, I. (2020, 220) y Macías Castaño, J. M. (2021, 484) ponen de manifiesto que se trata de una exigencia difícilmente compatible con el principio de efectividad e imposible en el caso de las normas autoaplicativas. Para Plasencia Sánchez, F. y De Pedro Marín, L. (2019, 650-651), con esta exigencia el perjudicado “no solo tiene que haber recurrido hasta sus últimas consecuencias el acto administrativo en cuestión, sino que, además, debe estar dotado de una especial “clarividencia” jurídica que le haya llevado a alegar acertadamente la infracción del Derecho de la Unión que, posteriormente, sea declarada por el TJUE. Pues bien, esta nueva exigencia, además, de las dudas que genera sobre su compatibilidad con el principio de efectividad, provoca un efecto práctico perverso: lleva a que se incrementen de forma significativa las tasas de litigiosidad, al incentivar la impugnación de actuaciones administrativas dictadas en aplicación de una norma interna sobre cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión pueda dudarse mínimamente”, y pone ejemplos de recursos en masa de los que han tenido que conocer los tribunales en aplicación de esta regla, llegando a plantearse si en estos casos, si se considera que ha de agotarse la vía judicial, no podría superponerse la responsabilidad del Legislador y la del Poder Judicial. Para Toledano Cantero, R. (2018, 679-681), este requisito plantea dudas en cuanto al respeto al principio de efectividad.

tancial privación de la garantía indemnizatoria. Por el contrario, si cabe exigir responsabilidad una vez se ha producido una declaración judicial que pone de relieve la contrariedad entre una ley y el DUE, las reclamaciones podrían ser resueltas en la vía administrativa, limitándose la Administración a comprobar la identidad de casos y el alcance del daño, sujeto en su caso a la última palabra de los tribunales si hay discrepancias al respecto<sup>92</sup>. Al respecto, resulta elocuente que el TJUE ha admitido la posibilidad de una exigencia tal afirmando a la vez que no puede exigirse al perjudicado que la infracción invocada sea la efectivamente retenida por el tribunal nacional o europeo que posteriormente pone de manifiesto la contrariedad de la Ley con el DUE. Como vimos, tanto para el Abogado General como para el propio TJUE, se trataría de una carga excesiva, porque, en palabras del TJUE, “en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia”<sup>93</sup>. Pues bien, si es “incluso imposible” saber qué infracción pueden declarar los tribunales, ¿cómo exigir a los perjudicados que impugnen, cualquiera que sea el motivo, y por qué en ese caso “premiar” al que impugna “a ciegas”? Nos parece que el razonamiento muestra la debilidad intrínseca de esta exigencia que impone a la generalidad de los ciudadanos unos “conocimientos” tan poco realistas como inconsecuentes (que intuyan que, por alguna razón, aunque no sea la finalmente estimada, nada menos que una ley parlamentaria puede ser contraria al DUE)<sup>94</sup>. En el mismo sentido, es significativo que el Tribunal Supremo, como vimos, haya interpretado que se trata de un presupuesto de excesivo rigor, que impone una carga desproporcionada a unos ciudadanos que deben presumir que cuando se aprueba una ley o reglamento es acorde con el DUE, si bien, constreñido por su vinculación a la exigencia del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 solo haya podido aligerar la exigencia señalando que basta que la disconformidad con el DUE se haya alegado en cualquier instancia y que puede también apreciarlo de oficio el órgano administrativo o el tribunal que conozca del recurso<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Discrepo por ello del análisis de Doménech Pascual, G. (2022, 175-176) para quien la exigencia de la búsqueda de la tutela primaria no solo no lleva a una litigiosidad desproporcionada, argumento “falaz”, sino que la reduce, ya que en otro caso las demandas de responsabilidad se plantearán después y ante el Tribunal Supremo, “lo que propicia su saturación y los distrae del cumplimiento de la que es seguramente su más importante función: la formación de jurisprudencia”.

<sup>93</sup> Apartado 144.

<sup>94</sup> En este período que tan de moda está hablar de sesgos, bien podría pensarse que considerar que es exigible de cualquier ciudadano o empresa esta “intuición jurídica” y esta capacidad económica y jurídica de pleitear preventivamente antes los tribunales es propio de juristas académicos, mientras que los aplicadores del Derecho más cercanos a la realidad de los perjudicados tienden a ser más “comprensivos”, Tribunal Supremo incluido. Pero, en realidad, siendo interesante la perspectiva de los “sesgos”, como todo intento de aproximación epistemológica a la realidad, ha de manejarse con mucha cautela por su potencial subjetivo, ya que a menudo en realidad encubre una pura defensa de la “objetividad” de la toma de posición propia.

<sup>95</sup> Como vimos, en el caso de su aplicación respecto de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, ha ido más lejos, y habida cuenta de la falta de legitimación

— En segundo lugar, a lo largo de este trabajo se ha puesto de relieve que la exigencia de un grado de diligencia al perjudicado estaba conectada por el TJUE en su jurisprudencia en materia de responsabilidad de las Instituciones a un elemento no jurídico: al despliegue de actividades en orden a amortiguar el perjuicio. Como he estudiado en otros trabajos <sup>96</sup>, en el Derecho de la responsabilidad de las Instituciones, el principio de autonomía de la acción de responsabilidad respecto a las demás vías procesales comunitarias está hoy firmemente asentado. Según reiterada jurisprudencia, el recurso de indemnización es una vía de recurso autónoma, que tiene una función determinada en el marco del sistema de recursos, que está supeditada a unos requisitos de ejercicio concebidos en función de su objetivo específico. Se diferencia del recurso de anulación en su objeto, puesto que tiende, no a la supresión de una medida determinada, sino a la reparación del perjuicio causado por una Institución <sup>97</sup>. Solo en el caso de que el perjuicio haya sido ocasionado por un acto individual y consistan en el pago de una cantidad indebida, si el objetivo final de la acción de responsabilidad es obtener los mismos efectos que pudieran haberse alcanzado de haber impugnado dicha decisión en plazo (el mismo montante y los intereses legales), la acción de responsabilidad se admite, apelando a la existencia de una “desviación de procedimiento” <sup>98</sup>. Si el perjuicio alegado no coincide exactamente con el contenido del acto que, pudiendo serlo, no fue impugnado a través de un recurso directo de legalidad, se admite la acción de responsabilidad <sup>99</sup>. Su campo de aplicación es, pues, el de la recuperación de lo indebido, en que se reclama el importe abonado

---

de los ciudadanos para impugnarlas, ha considerado que una exigencia tal llevaría a consecuencias “absurdas” y a una litigiosidad “desproporcionada y por ello inaceptable” (doctrina asentada desde la STS de 13 de junio de 2000, Ar. 5939).

<sup>96</sup> En Guichot, E. (2001, 471-444), y, más recientemente, en Guichot, E. (2012, 487-491).

<sup>97</sup> Por todas, STG de 9 de septiembre de 2009, T-437/05, *Brink's Security Luxembourg SA* contra Comisión.

<sup>98</sup> STG de 23 de noviembre de 2004, *Cantina sociale di Dolianova Soc. coop. rl* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-166/98, Rec. 2004, p. II-3991: “Únicamente puede considerarse que un recurso de indemnización implica el uso de un procedimiento inadecuado cuando con él se pretenda en realidad la revocación de una decisión individual destinada a las partes demandantes que ha adquirido carácter definitivo —de modo que tenga el mismo objeto y el mismo efecto que un recurso de anulación—. Se estima existente dicha desviación, por ejemplo, en ATJUE de 26 de octubre de 1995, *Pesquería Vasco-Montañesa, S.A. (Pevasa) y Compañía Internacional de Pesca y Derivados, S.A. (Inpesca)* contra Comisión, Asuntos acumulados C-199/94 P y C-200/94 P; STG de 15 de marzo de 1995, *Cobrecaf SA* y otros contra Comisión, Asunto T-514/93; STG de 24 de abril de 1996, *Industrias pesqueras Campos, S.A.*, y otros contra Comisión, Asuntos acumulados, o ATG de 3 de febrero de 1998, *Dimitrios Polyvios* contra Comisión, Asunto T-68/96, STG de 17 de octubre de 2002, asunto T-180/00, *Astipisca, S.L.* contra Comisión, STG de 3 de abril de 2003, T-44/01, T-119/01 y T-126/01, *Eduardo Vieira, S.A., Vieira Argentina, S.A. y Pescanova, S.A.* contra Comisión.

<sup>99</sup> Como muestra la STG de 15 de marzo de 1995, *Cobrecaf SA* y otros contra Comisión, Asunto T-514/93.

y los intereses, y no, técnicamente, un perjuicio en concepto de responsabilidad —que en muchas ocasiones va más allá, por los daños que derivan de esa necesidad de hacer frente a un pago jurídicamente indebido—<sup>100</sup>. Incluso si se conecta ahora la diligencia exigible con la prohibición, ya sí procesal, de “desviación de procedimiento”, esos habrían de ser sus reducidos límites.

— En tercer lugar, hay que constatar las discrepancias en el seno del propio TJUE sobre si esta regla constituye un principio general común, con divergencia en los estudios de Derecho comparado de sus propios Abogados generales<sup>101</sup>.

— En cuarto lugar, como también han puesto de relieve los estudios de Derecho comparado de los Abogados Generales, la falta de recurso a la primera tutela judicial posible en general y conforme a la jurisprudencia europea y al Derecho comparado 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<sup>102</sup>. Ahora bien, si el enfoque no se hace desde el análisis de fondo de la causalidad sino como condición procesal pre-

---

<sup>100</sup> Lo pone de manifiesto el propio Abogado General Maduro, que presentó sus Conclusiones al Asunto Transportes Urbanos, en un caso en que en realidad el daño se correspondía con el pago de ingresos indebido: “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.”

<sup>101</sup> Así, Tesauro en sus Conclusiones a la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, puso de relieve al respecto que en los Derechos nacionales cabe constatar la diversidad de soluciones. Así, ilustra que 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). Por el contrario, sí consideran que es expresivo de un principio general común el Abogado General Maduro, en sus Conclusiones a la Sentencia Transportes Urbanos, y la Abogada General Trstenjak, en sus Conclusiones a la Sentencia *Danske Slagterier*.

<sup>102</sup> Así, la Abogada General Trstenjak en sus Conclusiones al Asunto *Danske Slagterier*.

via, como lo hace la Ley 40/2015 y defienden los autores favorables a esta condición, se llega necesariamente a la exclusión —lo que, adicionalmente, parece encontrar poco acomodo en la reducción de lo procesal a determinar “los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales”, como el TJUE apuntó en *Francovich* y confirma, precisamente, en este misma Sentencia Comisión contra Reino de España—.

Todo ello, a mi juicio, clama por reconocer la posibilidad de la reapertura del plazo para reclamar daños por la aplicación de leyes, se haya o no recurrido en su momento el acto de aplicación, a partir de la fecha de la sentencia que ponga de relieve la contradicción entre la ley nacional y el DUE. Y ello incluso si el acto de aplicación ha sido confirmado por sentencia firme, puesto que tanto el TJUE<sup>103</sup>, como el Tribunal Supremo<sup>104</sup>, como hemos visto, han considerado que la responsabilidad no afecta al principio de cosa juzgada, al no concurrir identidad de objeto ni necesariamente de partes. O bien, alternativamente, si pese a ello se considera una contradicción dogmáticamente insalvable el mantenimiento de la firmeza del acto y la reparación de sus consecuencias lesivas, solicitar la revisión de oficio de aquel, si no fue confirmado por sentencia, y anularle una reclamación de daños y perjuicios<sup>105</sup>, vía que no cabría en todo caso si el acto ha sido confirmado por sentencia firme, a riesgo de desmontar otro dogma.

#### 6.4. El debate sobre el carácter objetivo o culposo de la responsabilidad del Legislador

¿Qué consecuencia tendrá la nueva aproximación del TJUE a los requisitos sustantivos de la responsabilidad por infracción del DUE en los Derechos nacionales? Se me antoja difícil que los legisladores estatales se vayan a decidir a tirar piedras contra su propio tejado y a ser más generosos de los requisitos establecidos como “necesarios y suficientes” en su regulación de la responsabilidad por infracción del DUE.

¿Y en España? Pues no parece arriesgado pronosticar que, una vez “validada” la solución de la Ley 40/2015, su reforma, que tendrá que venir más pronto que tarde para cumplir con esta sentencia en sus aspectos “procesales”, se limite a reproducir los requisitos “necesarios y suficientes”, ya no aplicables solo a la responsabilidad del legislador por daños causados mediante actos administrativos de aplicación, sino a cualquiera de sus modalidades, o, incluso, a la responsabilidad administrativa.

<sup>103</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, Asunto C-224/01, apartado 39.

<sup>104</sup> Doctrina uniforme desde su primera sentencia de 29 de febrero de 2000, Ar. 2730.

<sup>105</sup> Solución a la que parece apuntar Leiva López, A. D., “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea”, *op. cit.*, en p. 196 (2021, 196).

Es más, no es descartable que el Legislador aproveche para igualar “al alza” los requisitos de la responsabilidad del Legislador por infracción de la Constitución, disociando inconstitucionalidad y violación suficientemente caracterizada, siendo este el grado exigible de antijuridicidad la ley causante del daño, solución que se encontraría la línea restrictiva defendida por cualificada doctrina. Y es que puede constatarse como, en este campo, en buena medida, el Legislador y la doctrina mayoritaria parecen ir de la mano en su tendencia a restringir la responsabilidad —con el argumento de la protección de los fondos públicos frente a reclamaciones masivas y de no coartar al Legislador y el juez de la conformidad de la Ley con la Constitución y el DUE en su actividad de control ante la amenaza de futuros pagos masivos—<sup>106</sup>.

<sup>106</sup> En España, siguiendo la línea crítica que destacadamente iniciara García De Enterría, E., 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. Así, Rodríguez De Santiago, J. M. (2011, 158) entendía que en virtud del principio de equivalencia era obligado extender la jurisprudencia más favorable de responsabilidad por leyes inconstitucionales, y añadía la siguiente valoración: “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 inhibitor, etc.)” Plaza Martín, C. (2021, 3544) se mostraba partidaria de reducir el régimen de responsabilidad del legislador al mínimo comunitario y aplicar la prohibición de desviación de procedimiento. Consideraba que 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”. Para Cobreros Mendazona, E. (2015a, 238-239), había de aplicarse el régimen más favorable de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, por ser más favorable al perjudicado que el comunitario, por lo que no podía exigirse una “violación suficientemente caracterizada”. Ahora bien, añadía 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 Tribunal Supremo del sentido del artículo 40 LOTC, por prescindir del dictado del artículo 139.3 LRJPAC, y todo ello sin el concurso interpretativo del Tribunal Constitucional por vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Por ello, proponía 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

Frente a ello, la postura del Tribunal Supremo, que considera que los ciudadanos pueden presumir la validez de las leyes que se les aplican y, en relación a la responsabilidad por leyes inconstitucionales, que los principios de cosa juzgada y acto firme no son 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 este, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquel, constatada por dicha declaración, slo 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>107</sup>.

A mi juicio, una nueva regulación debería aprovechar para repensar la responsabilidad del legislador por actuaciones contrarias tanto a la Constitución como al DUE. Debería comenzar por asumir que, en ambos casos, no todos los daños derivan de leyes objeto de aplicación administrativa<sup>108</sup>. Por los motivos expuestos, creo que no es exigible de los ciudadanos que pre-

---

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 [...]”. En el mismo sentido, en *Cobrerros Mendazona, E.* (2015b, 59). Crítico con la jurisprudencia en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales, Domenech Pascual, G. (2018, 417). Abunda en sus argumentos, recientemente, en Domenech Pascual, G. (2022). Apunta que “esta jurisprudencia ha recibido fuertes aplausos (en su mayoría, de tributaristas), pero también severas críticas (en su mayoría, de otros publicistas). Es posible que en esta llamativa división de opiniones por gremios haya influido el hecho de que la mayor parte de los casos donde se exige esta responsabilidad, que ponen en juego ingentes cantidades de dinero, ha sido llevada a los tribunales por abogados especializados en Derecho tributario. En una “ciencia” jurídica tan orientada hacia la abogacía y, por ello, tan expuesta a los sesgos crematísticos como la española, esta ha podido ser un factor relevante.” A su juicio, el Tribunal Supremo consagró la jurisprudencia de responsabilidad por leyes inconstitucionales “en unos términos exageradamente generosos”, y “es una creación de origen jurisprudencial (aunque tal vez fuera más exacto decir abogacil)”. A su juicio, se trata de una jurisprudencia que va en contra del principio de la firmeza de los actos, frustra el sentido del artículo 40.1 LOTC, y “es posible que el Tribunal Supremo no midiera inicialmente las indigeribles consecuencias prácticas que se derivaban de la doctrina expuesta.” En su opinión, el argumento de que el principio de seguridad jurídica no impone soportar los perjuicios de leyes contrarias a la Constitución o al DUE es “ridículo”. Se posiciona a favor de un sistema de responsabilidad por ilegalidad grave.

<sup>107</sup> STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, de Pleno.

<sup>108</sup> Piénsese, por ejemplo, en el ámbito interno, 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.

supongan o adivinen que el legislador contradice la Constitución o el DUE e impugnen toda medida de aplicación de forma preventiva. Como hemos visto, las voces críticas con la responsabilidad objetiva por leyes contrarias a Derecho insisten en la necesaria protección de las finanzas públicas frente a la posibilidad de reclamaciones masivas sin límite en el tiempo. Lo cierto es que este argumento resulta sumamente opinable, cuando hablamos de indemnizaciones de las que ha de hacer frente el Estado o en su caso una Comunidad Autónoma, y no un Ayuntamiento o un particular, y que de hecho queda desmentido por veinte años de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce la responsabilidad por mera inconstitucional sin que se haya producido quiebra alguna de las finanzas públicas o sucesión de pagos inasumibles. Es más, la inmensa mayoría de las reclamaciones encauzadas por esta vía, tanto en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales, como contrarias al DUE, han sido en realidad solicitudes de devolución de tributos indebidamente abonados sumadas al pago de intereses, esto es, que, en realidad, tienen su propio cauce legal y siguen una lógica ajena *per natura* al principio de culpa, que entronca por el contrario con la prohibición de enriquecimiento injusto. En todo caso, y puesto que los casos pueden ser plurales, como hemos visto, y no responder siempre a este esquema y esta lógica, si se estima que el sistema requiere un equilibrio entre seguridad jurídica (en realidad, protección de las finanzas públicas), una “válvula de seguridad”<sup>109</sup>, la posibilidad de limitar el alcance de las sentencias y sus consecuencias económicas, consideración en que se mezclan lo político y lo jurídico, debería corresponder, a mi juicio, respectivamente, al Tribunal Constitucional<sup>110</sup>, como reconoce el propio Tribunal Supremo<sup>111</sup>, y al TJUE,

<sup>109</sup> Constátase, de hecho, que en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales, el propio Tribunal Supremo viene afirmando desde la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, la posibilidad de una “válvula de seguridad” última, afirmando que “en los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de este, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquel, 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.” Pues bien, lo cierto es que el Tribunal Supremo nunca se ha visto llamado a desarrollar o aplicar esta “válvula”.

<sup>110</sup> En contra, Doménech Pascual, G. (2022, 177): “Pues bien, cabe poner en duda la conveniencia de que el Tribunal Constitucional monopolice o asuma un papel demasiado activo en la determinación de los perjuicios causados por una ley inconstitucional que no han de ser resarcidos por el Estado, solución a la que conduce la referida jurisprudencia”. Este Tribunal no siempre dispone de la información necesaria para juzgar adecuadamente y en abstracto sobre la suerte que han de correr las situaciones nacidas al amparo de las disposiciones anuladas. Cabe pensar que, en muchos casos, los tribunales ordinarios están mejor situados para efectuar ese juicio, a la vista de las concretas circunstancias de cada caso y de los preceptos de la Constitución y la LOTC.”

<sup>111</sup> Desde la STS de 1 de julio de 2003, Ar. 5429.

como dispone según vimos su propia jurisprudencia, cuando se pronuncien —en el segundo caso, si se pronuncia— sobre la conformidad de la actuación del Legislador con la Constitución o con el DUE<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> En línea opuesta a la concepción aquí defendida, puede verse la reciente propuesta de Doménech Pascual, G. (2022, 219-221). Parte de que “la regulación actual de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de la aplicación de normas contrarias a Derecho es el fruto de un cúmulo de inconsistencias y despropósitos.” A su juicio, “el despropósito originario y principal” sería imputable a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por leyes inconstitucionales “con una argumentación rechazable y en unos términos incompatibles con los preceptos legislativos que, en aras a la seguridad jurídica y la economía procesal, disponen la conservación de ciertos actos y situaciones originados en la aplicación de la norma inválida. Ante las insatisfactorias consecuencias prácticas que se desprenden de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal supremo han intentado posteriormente modularla y restringir su alcance, sin abandonarla del todo ni resolver de manera equilibrada y eficiente los problemas planteados. Estos intentos han generado más contradicciones, despropósitos e incluso infracciones del Derecho de la UE.” A su juicio, el legislador debe establecer unas mismas reglas materiales para la responsabilidad del Legislador que minimicen el conjunto de costes sociales derivados de la posibilidad de que los poderes públicos adopten normas contrarias al ordenamiento jurídico. Los requisitos sustantivos deben ser la existencia de un daño efectivo e individualizado, una infracción suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos y una relación de causalidad directa. Además, deben articularse eficientemente, con el menor coste posible para la ciudadanía, los distintos remedios jurídicos que los particulares puedan utilizar para la plena y efectiva tutela de sus derechos lesionados. Debería rechazarse la solución según la cual la acción de responsabilidad es opcional, alternativa e independiente respecto de los remedios primarios; por el contrario, debe ser subsidiaria y dependiente, de tal modo que los que no los utilizaron o los utilizaron y obtuvieron resolución firme desestimatoria, aunque luego se declare la invalidez de la ley, no deberían tener derecho a exigir responsabilidad de la Administración Pública. En esos casos, les cabría reclamar por error judicial en las condiciones a que está sometida esa responsabilidad. Tampoco cabría reclamar cuando la sentencia que haya establecido con efectos generales la invalidez de la Ley haya declarado consolidados o no susceptibles de revisión las situaciones o los actos de aplicación. Y, en caso de que se estime que los remedios administrativos y judiciales actualmente previstos impiden la tutela judicial efectiva, “lo que habría que hacer es revisarlos y mejorarlos, pero no permitir su sustitución por un remedio resarcitorio que es intrínsecamente inferior desde prácticamente cualquier punto de vista: la tutela de los derechos afectados, la economía procesal, la prevención de infracciones, etc.” Nótese que estos postulados, que se acompañan incluso de una propuesta de texto de *lege ferenda*, supone en la práctica, la negación de la responsabilidad del Legislador, en todo caso en los supuestos de daños derivados de actos de aplicación: si no se impugnaron, no cabe después reclamar daños y perjuicios —porque no se intentó, negligentemente, la tutela primaria—; si se impugnaron y no se obtuvo sentencia favorable, tampoco —porque admitirlo iría en contra del principio de cosa juzgada—; y si se impugnaron y se obtuvo una sentencia favorable, porque parece entenderse que de la anulación ya deriva la reparación —aunque no siempre es así—. Obsérvese además que se exige el agotamiento de todos los medios jurídicos legalmente previstos —y no una mera resolución administrativa o judicial desfavorable— con efecto, en otro caso, excluyente —y no solo moderador— de la posibilidad de reclamar. A mi juicio, por las razones expresadas, una regulación tal sería frontalmente contraria a la garantía

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- Alonso García, M. C. (2010) “La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado –legislador”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, pp. 74-81.
- Alonso García, M. C. y Martín Delgado, I. (2020), *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid
- Alonso García, M. C. (2021) “El Supremo “alivia” la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, pp. 179-208
- Alonso García, R. (1997), *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid
- Cobrerros Mendazona, E. (1995), *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid
- Cobrerros Mendazona, E. (2015a), *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid
- Cobrerros Mendazona, E. (2015b), “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, pp. 11-59
- Cobrerros Mendazona, E. (2016a) “Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, pp. 67-102
- Cobrerros Mendazona, E. (2016b), “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 315-339
- Cobrerros Mendazona, E. (2018), “El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, pp. 421-476
- Cobrerros Mendazona, E. (2020) *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. BOE, Madrid
- Domenech Pascual, G. (2018), “La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 31, pp. 411-430
- Doménech Pascual, G. (2022), “Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho”, *InDret*, núm. 4, pp. 168-228

---

indemnizatoria por infracciones del DUE. Ha de decirse que extiende los mismos principios, como apuntamos, a la responsabilidad por leyes inconstitucionales, considerando que “las diferencias entre el control judicial de los reglamentos y el de las leyes son menos significativas de lo que el Tribunal Supremo afirma.” (p. 179). Ahora bien, la diferencia en las posibilidades de “reacción” de los tribunales ordinarios ante una ley inconstitucional, un reglamento inconstitucional o ilegal —incluida su anulación—, y de una ley o un reglamento contrario al DUE —incluido su enjuiciamiento como tal, facultativamente con el concurso del TJUE a través de la cuestión prejudicial de interpretación— y su inaplicación, son, me parece, muy diversos y, por ende, las posibilidades de “tutela judicial primaria” aún más reducidas en el primer caso.

- Fernández Farreres, G. (2022), “Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de la configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (la sentencia del TJUE Gran Sala de 28 de junio de 2022 [As. C-278/20]), *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, pp. 21-50
- Galán Vioque, R. (2016), “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador: un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, pp. 1-8
- García De La Rosa, C. (2017), “Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la UE en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 184, pp. 320-337
- González Alonso, A. (2016), “La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo”, “La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, pp. 381-429
- Guichot, E. (2001), *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Guichot, E. (2012), “La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea”, en Beneyto Pérez, J. M., (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, tomo V. Sistema jurisdiccional de la UE*, Aranzadi, Cizur menor, pp. 427-507
- Guichot, E. (2016) “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”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 60, pp. 49-101
- Guichot, E. (2021a), “Recensión al libro de Alonso García, M. C. y Martín Delgado, I., La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España, Iustel, 2020 (392 pp.)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 216, pp. 209-216
- Guichot, E. (2021b), “Responsabilidad administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 211, pp. 247-274
- Huelin Martínez De Velasco, J., (2019), “Dos principios generales del Derecho de la Unión equivalencia y efectividad”, en Cudero Blas, J. y Ponce Solé, J., (coords.), *Balance y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, pp. 163-178
- Iglesias Sánchez, S. (2022), *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un “sistema completo de vías de recurso”?*, Aranzadi, Cizur Menor
- Iranzo Cerezo, I. (2020), “La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, pp. 201-226
- Leiva López, A. D. (2021), “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea”, *Revista catalana de dret public*, núm. 63, 185-197
- Macías Castaño, J. M. (2021), “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho de la Unión Europea. Un régimen jurídico precario y en revisión”, *Anuario de Derecho Administrativo 2021*, Civitas, pp. 461-486
- Muñoz Machado, S. (1994), *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo*, Documentación Administrativa, núms. 237-238, pp. 105-138

- Plasencia Sánchez, F., De Pedro Marín, L. (2019), “Sobre los límites a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador introducidos por las Leyes 39 y 40 de 2015. Situación actual y expectativas de futuro a la luz del dictamen de la Comisión Europea sobre la infracción de los principios de efectividad y equivalencia”, *Anuario de Derecho Administrativo* 2019, Civitas, pp. 641-663
- Plaza Martín, C. (2021), “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, vol. II, pp. 3510-3548
- Rodríguez Carbajo, J. R. (2014), “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
- Rodríguez De Santiago, J. M. (2011), “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, pp. 141-171
- Ruiz López, M. A. (2016), “Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad del Estado-Legislador”, en Baño León, J. M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. III, pp. 2783-2805
- Toledano Cantero, R. (2018), “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea por los tribunales nacionales. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aproximación a las novedades introducidas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100, pp. 655-684

