

**EL VIGÉSIMO INTENTO. LA DECLARACIÓN  
DEL INCUMPLIMIENTO DE ESPAÑA  
POR SU REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD  
DEL ESTADO LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL  
DERECHO DE LA UNIÓN. COMENTARIO A LA STJUE  
(GRAN SALA) DE 28 DE JUNIO DE 2022 (C-278/20)**

**THE TWENTIETH ATTEMPT. THE DECLARATION OF SPAIN'S  
FAILURE TO FULFIL ITS OBLIGATIONS FOR ITS REGULATION  
OF THE LIABILITY BASED ON LOSS OR HARM CAUSED  
TO INDIVIDUALS BY BREACHES OF EU LAW ATTRIBUTABLE  
TO THE NATIONAL LEGISLATURE. COMMENTARY ON THE  
JUDGMENT OF THE EU COURT OF JUSTICE (GRAND CHAMBER)  
OF JUNE 28, 2022 (C-278/20)**

José María Rodríguez de Santiago\*

**RESUMEN:** Este artículo examina críticamente la argumentación de la STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20, relativa a las exigencias de los principios de efectividad y equivalencia con los que se contrasta la regulación española de la acción para pedir responsabilidad del Estado legislador por leyes que infrinjan del Derecho de la Unión. Al final se realiza una propuesta sobre cómo debería articularse dicha regulación tras la declaración de incumplimiento contenida en la sentencia comentada.

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad del Estado legislador por leyes contrarias al DUE, principios de efectividad y equivalencia; tutela judicial primaria y secundaria.

---

\* Catedrático de Derecho administrativo, Universidad Autónoma de Madrid. Correo-e: [josemaria.rodriguez@uam.es](mailto:josemaria.rodriguez@uam.es), <https://orcid.org/0000-0002-2207-1374>.

**ABSTRACT:** This article critically examines the argumentation of the Judgment of the EUCJ of June 28, 2022, Commission/Spain, C-278/20, regarding the requirements of the principles of effectiveness and equivalence with which the Spanish provisions regulating the action of liability for loss or harm caused to individuals by breaches of EU law attributable to the national legislature are contrasted. At the end, a proposal is made on how the new provisions should be articulated after the declaration of Spain's failure to fulfil its obligations.

**KEYWORDS:** action of liability for loss or harm caused to individuals by breaches of EU law attributable to the national legislature; principles of effectiveness and equivalence; primary and secondary judicial protection.

**SUMARIO:** 1. PRESENTACIÓN.—2. CONFUSIÓN EN LA DEFENSA DE LOS AGENTES DEL REINO DE ESPAÑA: EL SUPUESTO CARÁCTER “ADICIONAL” O “RESIDUAL” DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (ART. 32.5 LRJSP).—3. LA COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN DEL REQUISITO DE LA SENTENCIA FIRME DESESTIMATORIA DE UN RECURSO CUANDO EXISTA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.—4. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD: 4.1. La vulneración del principio de efectividad por la falta de previsión del supuesto de acto u omisión del legislador causante del daño sin que exista actuación administrativa impugnabile. 4.2. Las vulneraciones del principio de efectividad derivadas del requisito de que la infracción haya sido previamente declarada por el Tribunal de Justicia.—5. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA NO SE APLICA A LA COMPARACIÓN CON LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS (SUPUESTAMENTE) MÁS FAVORABLES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA LEY INCONSTITUCIONAL.—6. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PRESENTACIÓN

El diseño del régimen jurídico de las acciones para reclamar responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes contrarias al Derecho de la Unión y a la Constitución no parece encontrar punto de descanso desde que en los años 90 del siglo pasado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia empezó a construir el sistema de responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento del DUE<sup>1</sup> y en el año 2000 la jurisprudencia del Tribunal Supremo creó su primera (y generosa) doctrina sobre la responsabilidad del Estado legislador derivada de la ley inconstitucional<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> SSTJUE de 19 de noviembre de 1991, Francovich, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90; y de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93; a las que después se añadió la STJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, asunto C-224/01.

<sup>2</sup> Véase, por todas, la STS de 13 de junio de 2000 (rec. núm. 567/1998).

El diferente régimen procesal aplicado por el Tribunal Supremo inicialmente a ambas acciones (necesidad de haber recurrido frente al acto que aplica la ley contraria al DUE, pero no frente al acto que aplica la ley inconstitucional) desapareció y se unificó en el sentido más favorable al particular recurrente y al éxito de ambas acciones de responsabilidad tras la STJUE Transportes Urbanos, de 26 de enero de 2010<sup>3</sup>. Y, entonces, la doctrina española empezó a discutir si no sería necesario unificar también, en virtud del principio europeo de equivalencia, los requisitos sustantivos que parecían mucho más favorables para la acción derivada de la ley inconstitucional que para la que procede de la ley contraria al DUE, cuyo triunfo exigía, aparte de la relación de causalidad, que la norma vulnerada tuviera por finalidad reconocer derechos a los particulares y que la infracción del Derecho de la Unión fuera suficientemente caracterizada. Sobre esto se volverá más adelante.

En 2015 quien intervino fue el legislador, que quiso poner freno al libre desarrollo jurisprudencial de ambas acciones; y reguló con una patente finalidad restrictiva (en relación con la generosidad de la doctrina del Tribunal Supremo) sus requisitos sustantivos, procedimentales y procesales (en especial, en los arts. 32 y 34 LRJSP, y 67 LPAC). Muy pronto, sin embargo, volvió a llegar la hora del Tribunal Supremo, que comenzó a flexibilizar el rigor de la ley recortando una por una las aristas de los requisitos establecidos por aquella<sup>4</sup>. Verdaderamente el recorrido del diseño regulativo de estos dos tipos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador puede calificarse de “tortuoso proceso de configuración”<sup>5</sup>.

Por lo que se refiere específicamente a la regulación legal de 2015 de la acción de responsabilidad derivada de la ley contraria al DUE, ya en 2016, la Comisión inició, como consecuencia de varias quejas presentadas por particulares, un procedimiento de los denominados EU Pilot contra el Reino de España, que culminó en 2020 con la interposición de un recurso de incumplimiento (art. 258 TFUE).

Los motivos del incumplimiento fueron articulados por la Comisión en torno a la infracción de los dos principios europeos que limitan la autonomía procesal de los Estados miembros para concretar regulativamente en sus ordenamientos el ejercicio de los derechos derivados del DUE: el de efectividad (la regulación española no puede hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización reconocida como derecho por

---

<sup>3</sup> STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos, C-118/08. Sobre esta sentencia véase María Consuelo Alonso García (2010: 74 y ss.); Ricardo Alonso García (2009: 175 y ss.); Fulvio Cortese (2010: 1304 y ss.); José Martín y Pérez de Nanclares (2010: 1847-1870); Carmen Plaza Martín (2010: 27 y ss.); José Ramón Rodríguez Carbajo (2011: pp. 3 y ss.); y José María Rodríguez de Santiago (2011: 141-171).

<sup>4</sup> Sobre esto véase Edorta Cobreros Mendazona (2022: 49-51) y Gabriel Doménech Pascual (2022: 176-182).

<sup>5</sup> Así, Germán Fernández Farreres (2022: 1).

el DUE) y el de equivalencia (los requisitos establecidos por la legislación española en materia de indemnización de daños derivada del Derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de carácter interno).

La Comisión argumentó que la regulación española vulneraría el principio de efectividad: i) al hacer depender el triunfo de la acción de la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia que declare la infracción del DUE por la ley española; ii) al establecer el requisito de haber obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que aplica la ley contraria al Derecho de la Unión (art. 32.5 LRJSP), sin prever una excepción para el caso de que el daño lo cause directamente un acto o una omisión del legislador; iii) al exigir que el particular perjudicado haya alegado la infracción del DUE que posteriormente se declare en el citado recurso contra la actuación administrativa (art. 32.5 LRJSP); iv) al disponer que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción sea el de la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia (art. 67.1, párrafo 3º, LPAC), sin prever que esa sentencia puede no existir; y v) al limitar los daños indemnizables a los producidos en los cinco años anteriores a la publicación de esa sentencia (art. 34.1, párrafo 2º, LRJSP).

En opinión de la Comisión, por otra parte, la legislación española vulneraría el principio de equivalencia porque los más estrictos requisitos que se aplican a la acción de responsabilidad del Estado legislador por ley que infringe el DUE no se aplican a la acción de responsabilidad del Estado legislador por ley inconstitucional, a pesar de que ambas acciones deben tenerse por “similares” a los efectos de aplicación de dicho principio.

La decisión del Tribunal de Justicia, como se verá, implica la ruptura de la coherencia interna del sistema que (torpemente, porque algunas infracciones del Derecho de la Unión eran evidentes ya en origen) había diseñado el legislador de 2015. No se podrá cumplir con ella añadiendo un sencillo retoque o suprimiendo un breve inciso de uno de los preceptos cuestionados. El sistema debe recomponerse. Será el “vigésimo intento” de encajar correctamente las piezas.

## **2. CONFUSIÓN EN LA DEFENSA DE LOS AGENTES DEL REINO DE ESPAÑA: EL SUPUESTO CARÁCTER “ADICIONAL” O “RESIDUAL” DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (ART. 32.5 LRJSP)**

Es posible que la sentencia comentada llame la atención al lector, en la primera aproximación a ella, por el esfuerzo que parece implicar al órgano judicial llegar en su argumentación al punto de poder analizar directamente los incumplimientos del Derecho de la Unión que la Comisión imputa a la regulación española de la acción para reclamar responsabilidad por los daños

derivados de la infracción por el Estado legislador de aquel Derecho. En efecto, antes de proceder al enjuiciamiento de cada uno de los motivos invocados en el recurso, buena parte de la argumentación de la sentencia se dedica a despejar, como a tientas y sin seguridad, unas alegaciones de los agentes del Reino de España en el proceso, que generan confusión y perplejidad no solo a quien no tiene por qué estar familiarizado con el Derecho público español de daños, sino también a quien podría pensar que en alguna medida lo está.

La “bomba de humo” utilizada por la defensa procesal española consiste, en síntesis, en explicar que, en nuestro sistema de responsabilidad por daños causados por los poderes públicos, la acción de responsabilidad del Estado legislador por la lesión derivada de la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión tendría el carácter de acción “adicional”<sup>6</sup> o “residual”<sup>7</sup>, de “cláusula de cierre” de dicho sistema<sup>8</sup>, en primer lugar, en relación con las denominadas “vías de recurso ordinarias”; y, en segundo término, en relación con la denominada “vía general” del art. 32.1 LRJSP (regulador exclusivamente de la responsabilidad patrimonial de la Administración)<sup>9</sup>. Analicemos de forma separada cada una de estas dos incorrectas o, al menos, imprecisas afirmaciones.

Primero, la defensa procesal de España pretende oponerse a los incumplimientos que le imputa la Comisión con el argumento de que la acción prevista en el art. 32.3, párrafo 2º, letra b), y en el art. 32.5 LRJSP no es más que un remedio adicional a las “vías de recurso ordinarias”, a través de las cuales supuestamente también podría pedirse responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del DUE. Y esas “vías de recurso ordinarias” serían: el recurso contencioso-administrativo contra el acto que ocasionó el daño (regulado en la LJCA), el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos (art. 106 LPAC), el procedimiento de devolución de ingresos indebidos en materia tributaria (art. 221 LGT) y el procedimiento de extensión de efectos de una sentencia en materia tributaria (arts. 110 y 111 LJCA).

En la tesis de la representación procesal española los defectos que la Comisión imputa a la acción por responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al DUE serían irrelevantes, porque la obtención de esa responsabilidad ya estaría garantizada de forma suficientemente eficaz por las mencionadas vías de recurso ordinarias. Esto no es, en realidad, exactamente así; y el argumento introduce bastante confusión en el debate procesal.

---

<sup>6</sup> Véase STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), por ejemplo, ap. 46, 52 y 78.

<sup>7</sup> Véase STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), por ejemplo, ap. 38, 45 y 56.

<sup>8</sup> Véase STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), por ejemplo, ap. 38, 88, 115, 118 y 136.

<sup>9</sup> Esta vía de defensa de la representación procesal española está bien identificada y resumida en las conclusiones del Abogado General Szpunar, ap. 36.

Esas denominadas “vías de recurso ordinarias” son las acciones que ofrece el ordenamiento procesal español precisamente para evitar, en los supuestos que ahora nos interesan, que se produzcan daños derivados de la ley contraria al DUE. Por ejemplo, si en aplicación de un Decreto-ley contrario a una Directiva se impone a una empresa eléctrica un pago en concepto de financiación de un bono social, dicha empresa puede interponer recurso contencioso-administrativo contra la orden de pago; y el Tribunal Supremo, en su caso, sin plantear siquiera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, puede inaplicar dicho Decreto-ley por considerarlo contrario al DUE, anular la orden administrativa de pago y reconocer el derecho a la recurrente de que le sean reintegradas las cantidades abonadas<sup>10</sup>. En este caso lo que sucede es que la empresa recurrente obtiene tutela primaria o restitutoria (se devuelve su situación jurídica al momento inmediatamente anterior al de la actuación estatal contraria a Derecho) y no hace falta, en principio, reconocer ninguna responsabilidad por daños causados por el Estado legislador (que sería la tutela secundaria o resarcitoria).

Algo semejante sucede con las demás “vías de recurso ordinarias” a las que se refieren los agentes del Reino de España. A través de una devolución de ingresos indebidos que se estimara, o de una revisión de oficio de un acto administrativo, o de la extensión de efectos de una sentencia, etc., puede restituirse la situación jurídica del afectado al momento anterior a la actuación contraria a Derecho del poder público y, con ello, evitar la acción de responsabilidad por daños.

Es cierto que a través del recurso contencioso-administrativo, también en estos casos de obtención de tutela primaria, puede obtenerse una indemnización de los daños y perjuicios ya causados [arts. 31.2 y 71.1 d) LJCA], como sucede igualmente cuando la restitución (tutela primaria) se obtiene a través de la revisión de oficio (art. 106.4 LPAC). Sería el supuesto del reconocimiento del derecho en favor de la empresa eléctrica mencionada en el ejemplo anterior al pago de intereses u otros gastos financieros, añadido a la estricta devolución del importe del bono social.

Pero esta posibilidad accesoria no puede oscurecer la realidad de que estas vías están diseñadas justamente para evitar la producción de responsabilidad del Estado legislador y, por eso, no pueden confundirse con la acción para pedir esa responsabilidad, que surge cuando las “vías de recurso ordinarias” fracasan. Detrás de la confusión generada en este punto por la representación de España en el proceso se encuentra la indebida indistinción entre tutela

---

<sup>10</sup> El caso es, algo simplificado, el de la STS de 7 de febrero de 2012 (caso “bono social eléctrico”, rec. núm. 419/2010), ECLI:ES:TS:2012:1425. Creo que la validez del ejemplo no se ve afectada por las cuestiones que se suscitaron más tarde en relación con la regulación del bono social y dieron lugar a la STS de 24 de octubre de 2016 (rec. núm. 960/2014); a la STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019; y a la STJUE de 14 de octubre de 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, S. L., asunto C-683/19.

primaria o restitutoria y tutela secundaria o resarcitoria<sup>11</sup>. La acción prevista en el Derecho español para obtener la tutela secundaria (indemnización por daños) derivada de la ley contraria al DUE [art. 32.3, párrafo 2º, letra b), y art. 32.5 LRJSP] tiene sustantividad propia frente a las acciones dirigidas a la obtención de tutela primaria (o restitutoria), aunque presupone que, en la medida de lo posible, se ha intentado evitar el daño a través de ellas, como se verá. Es la regulación de aquella acción de responsabilidad por daños la única que cuestionaba la Comisión al promover su recurso por incumplimiento.

El Abogado General responde a la “bomba de humo” lanzada por la representación procesal española de forma -a mi juicio- más contundente y certera que la sentencia comentada, que dedica a la cuestión -como se ha dicho- una buena parte de su fundamentación jurídica. Dice el Abogado General: “considero inherente al principio de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión que esa disposición (el art. 32.5 LRJSP) solo entre en juego en última instancia, cuando las demás acciones de que disponen los particulares no les hayan permitido proteger eficazmente los derechos que les reconoce el Derecho de la Unión. Esta característica del mecanismo de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión no la convierte, sin embargo, en una vía de recurso «adicional» (...)”<sup>12</sup>.

La sentencia que se comenta, por su parte, después de reconocer que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de efectividad debe analizarse en el contexto de los sistemas procesales nacionales, se niega, sin embargo, a caer en el enredo argumental de la representación procesal española; declara que basta simplemente con “un análisis contextualizado de la disposición de la que se afirma que vulnera dicho principio” (el art. 32.5 LRJSP), y rechaza la tesis de que la Comisión (y, con ello, el propio Tribunal de Justicia) esté obligada “a examinar con carácter sistemático todos los recursos existentes en el sistema jurídico” español. A ese extremo hubiera conducido, en realidad, la tesis de la “cláusula de cierre” de los agentes del Reino de España<sup>13</sup>, que tan deficientemente sirve para explicar el sistema español de responsabilidad por daños causados por el poder público y, en particular, por el legislador que vulnera el DUE.

Según se ha dicho ya, la segunda línea de defensa utilizada por la representación procesal de España es la argumentación dirigida a explicar que la acción de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión tendría el carácter de acción “adicional” o “residual” en relación con la denominada “vía general” del art. 32.1 LRJSP (regulador de la responsabilidad patrimonial de la Admi-

---

<sup>11</sup> Sobre esta distinción véase, por ejemplo, Wilfried Erbguth (2002: 221 y ss.), José María Rodríguez de Santiago (2011: 150 y ss.), Silvia Díez Sastre (2012: 69 y ss.), Martin Acker (2021: 641-646) y Gabriel Doménech Pascual (2022: 189-207).

<sup>12</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, ap. 75.

<sup>13</sup> Véase STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 59-60.

nistración). A mi juicio, tampoco esto es cierto; y creo que es posible demostrar que la idea vuelve a descansar sobre la confusión entre tutela primaria y secundaria.

Utilicemos para ello el ejemplo de la orden de pago del bono social eléctrico al que se ha aludido más arriba. En una primera aproximación al caso podría pensarse que nada impide que la empresa eléctrica afectada pida responsabilidad por los daños que causa esa orden (dictada en aplicación de una norma con rango de ley contraria al DUE) directamente de la Administración por la mencionada “vía general” de la acción para reclamar la indemnización derivada de la actuación de aquella (art. 32.1 LRJSP) que, en este caso, aplica una ley que vulnera el Derecho de la Unión. Pero, si se reflexiona con más detenimiento, es posible caer en la cuenta de cómo, en realidad, hay que articular esa exigencia de responsabilidad en nuestro sistema; y de que la vía del art. 32.1 LRJSP no es idónea para obtener la responsabilidad que se reclama por los daños que causa la Administración al aplicar la ley que infringe el DUE.

En efecto, la solicitud de indemnización de la Administración (art. 32.1 LRJSP) en ese caso pasa necesariamente por la impugnación de la orden de pago y la pretensión de que se declare su invalidez. Si en vía administrativa o contencioso-administrativa se estima esta pretensión y el órgano que resuelve el recurso inaplica la ley nacional y anula la orden de pago por ser aplicación de una ley que se considera contraria al DUE (puede hacer ese juicio de inaplicación de la norma española tanto la Administración como un órgano judicial), lo que ha conseguido el recurrente es tutela primaria o restitutoria, en virtud de la cual se mandará devolver a la empresa la cantidad abonada, no como responsabilidad, sino como forma de restituirla a la situación jurídica que fue alterada de forma contraria a Derecho. Aquí no hay responsabilidad del Estado legislador (tutela secundaria), sino que con el recurso interpuesto, precisamente, se ha evitado el daño, aunque es cierto que puede haber una indemnización residual -como se ha expuesto más arriba- de daños accesorios que ya se hayan causado (intereses u otros gastos).

Si, por el contrario, el recurso interpuesto contra la orden de pago se desestima, se estará justamente en el supuesto previsto en el art. 32.5 LRJSP, consistente en haber obtenido una sentencia desestimatoria, que es requisito (cuando existe actuación administrativa impugnada, como en el ejemplo propuesto) para obtener, ahora sí, la tutela secundaria o resarcitoria a través de la acción prevista en el art. 32.3, párrafo 2º, letra b), LRJSP: la acción de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión.

Esta acción no tiene, pues, carácter “adicional” con respecto a la reclamación de responsabilidad por daños causados por la actuación administrativa regulada en el art. 32.1 LRJSP<sup>14</sup>. La responsabilidad por daños causados por

---

<sup>14</sup> En contra, Germán Fernández Farreres (2022: III.1, III.2, III.5).

el Estado legislador que ha infringido el DUE se exige a través de una acción que, eso sí, tiene como requisito, cuando ha sido causada a través de una actuación administrativa (con carácter general, consistente en un acto administrativo aplicativo de la ley), que se haya recurrido esa actuación sin obtener el resultado de la restitución (tutela primaria). Por eso el Derecho público de daños considera adecuado que, después, quien recurrió inútilmente obtenga el resarcimiento (tutela secundaria).

Estoy, por eso, de acuerdo con la declaración (más intuitiva, pero correcta) de la sentencia comentada según la cual “las disposiciones específicas relativas a la responsabilidad del Estado legislador, previstas en el artículo 32, apartados 3 a 6, de la Ley 40/2015, serían innecesarias si el recurso que establece el artículo 32, apartado 1, de dicha Ley ya permitiera exigir la responsabilidad del Estado por los daños causados por el legislador nacional”<sup>15</sup>.

### **3. LA COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN DEL REQUISITO DE LA SENTENCIA FIRME DESESTIMATORIA DE UN RECURSO CUANDO EXISTA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

Es conocida la aversión que la doctrina del Tribunal Supremo ha mostrado hacia el requisito de haberse defendido mediante la impugnación de la actuación administrativa cuando se trata de reclamar responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de una ley inconstitucional desde su primera jurisprudencia en esta materia (“máquinas tragaperras”), nacida en el año 2000. Por una parte, “por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado”; por otra parte, en este caso, la exigencia de que el particular se hubiera defendido intentando la tutela primaria mediante la impugnación del acto que aplicaba la ley posteriormente declarada inconstitucional se consideró una carga excesiva para quien reclama la responsabilidad y, por tanto, inaceptable<sup>16</sup>.

Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí exigía haber cumplido con el requisito de la impugnación del acto administrativo de aplicación de la ley que infringe el Derecho de la Unión para solicitar después responsabilidad del Estado legislador por los daños derivados de esa infracción. En este caso, dicha carga (que para el particular era exactamente la misma: impugnar el acto administrativo)<sup>17</sup> no se tenía por desproporcionada

---

<sup>15</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 77. En el mismo sentido, las Conclusiones del Abogado General Szpunar, ap. 57.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, SSTs de 13 de junio de 2000, recurso núm. 567/1998, FFD 4 y 8; y de 17 de septiembre de 2010, recurso núm. 153/2007, FD 6.

<sup>17</sup> Sobre esto, José María Rodríguez de Santiago (2011: 146-150).

y, en consecuencia, se exigía su cumplimiento para que pudiera tener éxito la solicitud de responsabilidad del Estado legislador.

En 2008 el Tribunal Supremo formuló, en el caso “Transportes Urbanos”, a través de una cuestión prejudicial, sus dudas sobre la compatibilidad de esta diferencia de trato a los solicitantes de responsabilidad patrimonial del Estado legislador desde la perspectiva del principio de equivalencia<sup>18</sup>. Y el Tribunal de Justicia declaró que las dos acciones que se comparaban en el planteamiento articulado por el Tribunal Supremo, ambas dirigidas a solicitar responsabilidad del Estado legislador, una por daños derivados de la ley inconstitucional y la otra por daños derivados de la ley contraria al DUE, serían, por su “objeto” y por sus “elementos esenciales” similares a los efectos de aplicar las exigencias del principio de equivalencia europeo: 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”<sup>19</sup>.

Con ello se igualaba por abajo el régimen procesal de las dos acciones y se suprimía para ambas el requisito de que antes de pedir responsabilidad del Estado legislador se hubiera intentado la tutela primaria o restitutoria mediante la impugnación del acto administrativo que había aplicado la ley al particular que sufre el daño. La acción de responsabilidad del Estado legislador se convertía en los dos supuestos (ley contraria a la Constitución y al DUE) en una acción no “subsidiaria” del previo intento de evitar el daño mediante la impugnación del acto administrativo que lo causó, sino “independiente” de ese intento. Frente al acto administrativo que causa daños al particular al aplicar una ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión no sería necesario recurrir para formular después una acción de responsabilidad del Estado legislador dirigida al resarcimiento de esos daños, porque esta acción no es “subsidiaria”, sino “independiente” de la previa impugnación de la actuación administrativa<sup>20</sup>. El resultado era -a mi juicio- abiertamente insatisfactorio, porque “la tutela restitutoria es en principio preferible a la resarcitoria”<sup>21</sup>.

Como ya se ha expuesto, quien intervino a continuación fue el legislador, posiblemente, forzado por la avalancha de reclamaciones de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de la ley contraria al DUE, situadas bajo la etiqueta “céntimo sanitario” y suscitadas por la STJUE de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, S. L., asunto C-82/12<sup>22</sup>. Se consideró entonces necesario endurecer el régimen demasiado favorable para el reclamante de responsabilidad que había diseñado la jurisprudencia del

<sup>18</sup> ATS de 1 de febrero de 2008, dictado en el recurso núm. 153/2007.

<sup>19</sup> STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos, C-118/08, ap. 33-37.

<sup>20</sup> Véase Gabriel Doménech Pascual (2022: 189-193).

<sup>21</sup> Así, Gabriel Doménech Pascual (2022: 195).

<sup>22</sup> Sobre esto, Germán Fernández Farreres (2022: II).

Tribunal Supremo; y en la LRJSP de 2015 se dispuso que solo procederá la indemnización en las mencionadas acciones de responsabilidad del Estado legislador “cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada” (art. 32.4) o “la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada” (art. 32.5).

El requisito establecido por el citado art. 32.4 LRJSP (recurso contra el acto que aplica la ley inconstitucional) ha sido, por cierto, mal recibido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que parece tener una “voluntad propia” en esta materia distinta de la del legislador (algo impropio de un órgano judicial, sobre todo, de un tribunal de casación); que se ha permitido, incluso, criticar la decisión de la LRJSP de incluirlo como exigencia para que pueda tener éxito una acción de responsabilidad contra el Estado legislador<sup>23</sup>; y que lo ha flexibilizado de una forma que linda con la indisciplina<sup>24</sup>.

Para la sentencia del Tribunal de Justicia que se comenta, sin embargo, cuando existe actuación administrativa en aplicación de la ley contraria al DUE, el requisito que impone haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño no plantea ningún problema desde la perspectiva del principio de efectividad. Ya veremos que el problema se plantea cuando no existe actuación administrativa impugnada. El Abogado General ya había expresado en sus conclusiones que “mediante la impugnación en tiempo oportuno de la validez del acto administrativo lesivo, ya sea en el marco de un recurso contencioso-administrativo o de una demanda de devolución de ingresos indebidos (...), el perjudicado habría podido evitar, sin duda, el perjuicio que invoca o, al menos, limitar su importancia”<sup>25</sup>. No tiene nada de desproporcionado exigir a quien pide tutela secundaria o resarcitoria que antes haya intentado, si es posible, obtener tutela primaria o restitutoria, que es más eficaz para evitar el daño.

Por eso declara el Tribunal de Justicia que, conforme a su jurisprudencia y “según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola”<sup>26</sup>. Es esa “diligencia

<sup>23</sup> Sobre esto, Germán Fernández Farreres (2022: III).

<sup>24</sup> Así, a mi juicio, por ejemplo, en la STS de 22 de octubre de 2020 (rec. cas. núm. 6717/2019), ECLI:ES:TS:2020:3384. Admitir la solicitud de revisión de oficio como forma de cumplir con el requisito mencionado supone aceptar que el acto administrativo contrario a la Constitución incurre en una causa de nulidad de pleno Derecho, lo que, salvo que se vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional [art. 47.1 a) LPAC], no es ninguna evidencia.

<sup>25</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, ap. 82.

<sup>26</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 123.

razonable” la que se concreta cuando se impone el requisito de haber impugnado el acto administrativo dictado en aplicación de la ley que infringe el Derecho de la Unión.

Menos clara es la argumentación de la sentencia que se comenta cuando se pronuncia sobre el contraste con las exigencias del principio de equivalencia del requisito adicional consistente en que en el mencionado recurso contra el acto administrativo “se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada” (art. 32.5 LRJSP). La Comisión dirigía contra este requisito el reproche -que no se sigue fácilmente- de que pudiera tener como resultado limitar la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado legislador a los supuestos de infracción de normas dotadas de efecto directo. El Tribunal de Justicia desestima este motivo<sup>27</sup>; pero, inmediatamente después de su argumentación desestimatoria, incluye en su decisión un párrafo que provoca la perplejidad del lector<sup>28</sup>:

“144. Sin embargo, debe señalarse, a todos los efectos, que el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, desde la fase previa del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y que tiene por objeto evitar dicho daño o limitarlo, la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada, so pena de no poder obtener la indemnización del perjuicio sufrido, puede suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad. En efecto, en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia”.

Materialmente este párrafo contiene una declaración de incumplimiento del principio europeo de efectividad de la que, sin embargo, no hay ni rastro en el fallo. Es un puro *obiter dictum* que parece formularse con una ambigüedad calculada y que se presenta con la chocante introducción “debe señalarse, a todos los efectos” (¿?). La declaración procede, en parte, de las conclusiones del Abogado General<sup>29</sup>, pero -según se ha visto- el motivo alegado por la Comisión se refería a una cuestión bien distinta. Su contenido, por lo demás, no encaja bien en el contexto argumentativo de la sentencia comentada.

En efecto, el Tribunal de Justicia acepta que el Derecho nacional diseñe la acción de responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión como una acción, en principio (cuando existe actuación administrativa impugnada), subsidiaria y dependiente del previo intento fracasado de obtener tutela judicial primaria (restitutoria) frente al acto administrativo que aplica la ley que infringe el DUE. El carácter subsidiario de la acción de responsabilidad exige que en la impugnación de dicha actuación administrativa se haya dado la oportunidad al órgano judicial de proteger el derecho que al ciudadano reconoce el DUE y, para ello, el recurrente tiene la carga de invocar ese derecho contra la ley nacional que lo vulnera.

<sup>27</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 143.

<sup>28</sup> Destaca la confusión que genera este párrafo Carlos Gómez Ligüerre (2022: v).

<sup>29</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, ap. 102.

Debería ser obvio que no se puede imponer al particular la carga de acertar con toda precisión al identificar la infracción del Derecho de la Unión que se declarará más tarde, pero, en mi opinión, sí puede condicionarse la obtención de responsabilidad a la circunstancia de que el ciudadano haya invocado de forma suficientemente clara el derecho derivado del DUE que es vulnerado por la ley nacional. Así creo que debe interpretarse el requisito de que se trata, establecido por el art. 32.5 LRJSP<sup>30</sup>. Nada tiene que ver este requisito con un juego de azar en el que hubiera que adivinar por premonición decisiones posteriores de otro.

A mi juicio, conforme a correctos criterios valorativos propios del Derecho público de daños, solo merece la protección secundaria quien, consciente de que se estaba atacando un derecho otorgado por el DUE, intentó defenderlo *in natura* e hizo valer en el proceso correspondiente su opinión de que la intervención estatal en el ámbito de sus derechos infringía, por ese motivo, el Derecho de la Unión. Si su pretensión de protección primaria fracasó por la negativa del órgano judicial a inaplicar la ley nacional y declarar la invalidez del acto administrativo impugnado; y, por eso, la aplicación a su caso de la ley devino firme, un principio valorativo justificado del Derecho de daños puede hacer a ese sujeto merecedor de la protección secundaria (indemnización *a posteriori*).

No obstante, quizás lo más sorprendente del *obiter dictum* transcrito sea su referencia a la infracción del Derecho de la Unión que “declarará finalmente el Tribunal de Justicia”. Como se verá con detalle más adelante, buena parte de las declaraciones de incumplimiento que contiene la sentencia comentada derivan de la previsión de la legislación española de que, para que tenga éxito la acción de responsabilidad del Estado legislador, la infracción del DUE deba declararse necesariamente por una sentencia del Tribunal de Justicia. Esta regulación es incompatible con el Derecho de la Unión que, precisamente, impone que la constatación de la infracción de ese Derecho pueda realizarse por los órganos judiciales nacionales como presupuesto de una declaración de responsabilidad, si, además, concurren los demás requisitos de la acción. Por eso, la alusión a la infracción del Derecho de la Unión que “declarará finalmente el Tribunal de Justicia” está por completo fuera de lugar.

#### **4. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD**

Las vulneraciones del principio europeo de efectividad que declara la sentencia comentada se reconducen a dos defectos de la regulación española impugnada por la Comisión: i) la falta de previsión de una regla especial para los supuestos en que el daño derive de un acto u omisión del legislador

---

<sup>30</sup> En sentido parecido, Edorta Cobreros Mendazona (2022: 36).

sin intermediación de actuación administrativa; y ii) la “increíble torpeza”<sup>31</sup> cometida por el legislador español al establecer que la exigencia de responsabilidad del Estado derivada de la ley que infringe el Derecho de la Unión está condicionada a que la incompatibilidad entre ese Derecho y la ley se haya declarado precisamente por una sentencia del Tribunal de Justicia. En conexión con este segundo defecto se declaran -como se dirá enseguida- varios incumplimientos.

#### **4.1. La vulneración del principio de efectividad por la falta de previsión del supuesto de acto u omisión del legislador causante del daño sin que exista actuación administrativa impugnada**

El requisito que exige que el particular haya recurrido contra la actuación administrativa que ocasionó el daño y haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso (art. 32.5 LRJSP) no es, pues, contrario al principio de efectividad cuando exista esa actuación administrativa que, con carácter general, consiste en un acto administrativo de aplicación de la ley al caso concreto. Pero el daño también puede proceder directamente de un acto u omisión del legislador contrarios al DUE sin intermediación de la actividad administrativa. De hecho, por ejemplo, es conocido que la Sentencia Francovich<sup>32</sup>, con la que comienza la creación jurisprudencial por piezas del sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión, se dictó con ocasión de un caso de omisión por parte del legislador italiano, que no había transpuesto una directiva.

La declaración de incumplimiento solo habría podido evitarse si se hubiera demostrado de forma convincente bien que el supuesto de daños causados directamente por el legislador, sin que medie actividad administrativa, es tan residual que no merece regulación expresa; bien que la jurisprudencia consolidada ha corregido claramente el defecto que se imputa a la regulación española<sup>33</sup>. Los dos argumentos se formularon por la representación procesal del Reino de España, pero sin éxito.

Por eso, declara el Tribunal de Justicia:

“128 En consecuencia, el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015 es contrario al principio de efectividad, puesto que no prevé una excepción para los supues-

<sup>31</sup> Así, Gabriel Doménech Pascual (2022: 172).

<sup>32</sup> STJUE de 19 de noviembre de 1991, Francovich, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90.

<sup>33</sup> Gabriel Doménech Pascual (2022: 184) aporta como ejemplo la STS de 27 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3324, FD 6, que, no obstante, se refiere a la inexistencia del requisito en un caso de responsabilidad del Estado por ley (concreta y singular) declarada inconstitucional.

tos en los que el ejercicio de la acción que dicha disposición impone ocasione dificultades excesivas o no pueda exigirse razonablemente a la persona perjudicada, lo que ocurriría cuando el daño derive de un acto u omisión del legislador; contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa impugnada”.

#### **4.2. Las vulneraciones del principio de efectividad derivadas del requisito de que la infracción haya sido previamente declarada por el Tribunal de Justicia**

No es discutible que la legislación española impugnada por la Comisión establece como requisito de la acción de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de una ley que infringe el DUE que dicha infracción haya sido declarada por una sentencia del Tribunal de Justicia: el reclamante debe haber “alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada” (art. 32.5 LRJSP); “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” (art. 32.6 LRJSP); “el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el (...) «Diario Oficial de la Unión Europea» (...) de la sentencia que declare (...) su (de la ley) carácter contrario al Derecho de la Unión Europea” (art. 67.1, párrafo 3º, LPAC); y “serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare (...) el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa” (art. 34.1, párrafo 2º, LRJSP).

No es explicable cómo el legislador español pudo incurrir en este error en 2015, cuando desde 1996 estaba claro que era contrario al principio de efectividad hacer depender el éxito de la acción de la previa declaración del incumplimiento por el Tribunal de Justicia<sup>34</sup>; y que los órganos judiciales nacionales competentes para conocer de aquella deben tener la facultad de conocer por sí mismos, a los efectos del asunto de que se trate, de todos los requisitos para exigir la responsabilidad del Estado, incluido el que se refiere a la infracción del Derecho de la Unión, sin tener que basarse en una sentencia anterior del Tribunal de Justicia y sin tener necesariamente que plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni esperar una sentencia del Tribunal de Justicia en un recurso por incumplimiento<sup>35</sup>.

El requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada es, pues, contrario al principio de efectividad; y, por conexión,

<sup>34</sup> STJUE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ap. 95.

<sup>35</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 93.

también lo es el plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, en la medida en que no abarca aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia<sup>36</sup>. La publicación de dicha sentencia no puede constituir el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción.

Por último, también se considera contrario al principio de efectividad la limitación de los daños indemnizables a aquellos producidos en los cinco años anteriores a la publicación de la tantas veces citada sentencia del Tribunal de Justicia, por la misma razón de que esa sentencia es innecesaria. No obstante, en este punto se añade otra consideración relevante relativa a la comparación entre ese plazo de cinco años y la duración de los procesos exigidos para que la reclamación tenga éxito:

“166 En efecto, además de que la indemnización de un daño ocasionado por el legislador como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, en ningún caso, a la existencia de una sentencia de esa naturaleza, este requisito tiene como efecto —teniendo en cuenta la duración del procedimiento al final del cual se dicta tal sentencia, esto es, un procedimiento por incumplimiento en el sentido del artículo 258 TFUE o un procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE— hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización. Además, la duración del procedimiento se ve incrementada con la aplicación del artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, al que se remite su artículo 34, apartado 1, que exige una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa que ocasionó el daño”.

Es posible que detrás de esa declaración se encuentre la idea implícita de que no es compatible con la tutela judicial efectiva (arts. 47 CDFUE y 24.1 CE) excluir de la indemnización (tutela secundaria) ninguno de los daños que se han estado causando justamente durante todo el tiempo que el particular ha tenido que litigar para defender sus derechos, por mucho que hayan durado esos procesos.

## **5. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA NO SE APLICA A LA COMPARACIÓN CON LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS (SUPUESTAMENTE) MÁS FAVORABLES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA LEY INCONSTITUCIONAL**

Una de las cuestiones que más había llamado la atención de la doctrina española en relación con el régimen jurídico de las acciones por responsabilidad patrimonial del Estado legislador fue la comparación entre los aparentemente más favorables requisitos de la acción por responsabilidad derivada de la ley

<sup>36</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 161.

inconstitucional y los supuestamente más rigurosos de la derivada de la ley contraria al DUE<sup>37</sup>. La comparación se hizo todavía más estridente después de que la STJUE Transportes Urbanos declarara que ambas acciones son, en efecto, por su “objeto” y por sus “elementos esenciales”, similares a los efectos de aplicar las exigencias del principio europeo de equivalencia e impedir, en consecuencia, que el requisito procesal de no haber consentido la actuación administrativa se exigiera en una acción y no en otra<sup>38</sup>.

Se dijo entonces que el requisito de la acción de responsabilidad por incumplimiento del DUE relativo a que “la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares” no encontraba ninguna exigencia que se pareciera, ni de lejos, a aquel en la acción de Derecho interno. Cualquier vulneración de un precepto constitucional, sin distinción, en que haya incurrido una ley desencadena la obligación estatal de indemnizar por los daños derivados de la aplicación de esa ley. Es indiferente que el precepto constitucional vulnerado sea el que reconoce un derecho fundamental, el que garantiza un principio de Derecho objetivo, o el que regula el reparto de competencias entre órganos constitucionales del Estado, etc.

Por su parte, el segundo requisito de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad de los Estados miembros, la violación “suficientemente caracterizada”, tampoco encuentra elemento paralelo en la acción de responsabilidad por daños derivados de la ley inconstitucional, en la que no parece haber ni rastro de algo que tenga que ver con una graduación de la gravedad de la infracción para vincular a ella alguna consecuencia jurídica a los efectos del reconocimiento del derecho a una indemnización. En el Derecho interno cualquier declaración de inconstitucionalidad de la ley –claramente previsible o discutible, procedente de un reciente cambio jurisprudencial o de acuerdo con doctrina constitucional consolidada– permite solicitar y reconocer la indemnización por los daños derivados de su aplicación.

Esta comparación, con un resultado aparente desfavorable a la acción derivada del DUE, suscitaba dudas (en el mejor de los casos) desde la perspectiva de su compatibilidad con el principio europeo de equivalencia<sup>39</sup>. Aceptando que la comparación era procedente, también se manifestó alguna opinión que sostuvo, sin embargo, que el régimen de la responsabilidad del Estado derivado de la ley inconstitucional era menos favorable, globalmente considerado, que el de la ley contraria al Derecho de la Unión<sup>40</sup>.

No es extraño, por eso, que la Comisión utilizara el argumento de la comparación desfavorable para la acción derivada del DUE en su recurso por

<sup>37</sup> Sobre esto, Edorta Cobreros Mendazona (2022: 39-44).

<sup>38</sup> STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos, C-118/08, ap. 33-37.

<sup>39</sup> Puede verse, por ejemplo, Carmen Plaza Martín (2010: 39-40); José María Rodríguez de Santiago (2011: 155-159); (con matices) Edorta Cobreros Mendazona (2015: 46-51); y Gabriel Doménech Pascual (2015).

<sup>40</sup> Así, Alicia González Alonso (2016: 417-425).

incumplimiento<sup>41</sup>. Y la representación procesal de España, por cierto, se defiende frente a él con otra “bomba de humo”, claramente inveraz, afirmando que los dos requisitos mencionados (vulneración de norma que reconoce un derecho subjetivo y suficientemente caracterizada) también se aplican a la acción de responsabilidad por daños derivados de la ley inconstitucional porque “son inherentes al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en España”<sup>42</sup> (¿?).

El motivo de incumplimiento formulado por la Comisión es rechazado por la sentencia comentada (como, antes, en las conclusiones del Abogado General) de forma contundente y cortante: la comparación de la que tanto se ha hablado es, sencillamente, improcedente desde la perspectiva del principio de equivalencia.

El derecho a la indemnización derivado del DUE nace de la concurrencia de los tres requisitos elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y ahora reproducidos “fielmente”<sup>43</sup> en el art. 32.5 LRJSP. Solo cuando ya se han cumplido los tres requisitos nacen las obligaciones del principio de equivalencia (como marco que delimita la autonomía procesal de los Estados miembros), que imponen una concreción regulativa nacional del ejercicio de ese derecho nacido del Derecho de la Unión de forma no menos favorable que la que se aplica a reclamaciones semejantes de carácter interno<sup>44</sup>.

Por eso, en el plano de la lógica, antes de que se cumplan esos requisitos no se aplica el principio de equivalencia, ni es pertinente la comparación a la que, en último extremo, ese principio remite:

“181 Pues bien, (...) aun suponiendo que los requisitos para exigir la responsabilidad del Estado legislador por las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables sean menos favorables que los requisitos para exigir la responsabilidad del Estado legislador en caso de vulneración de la Constitución, el principio de equivalencia no está destinado a aplicarse en ese supuesto”.

La comparación realizada por la Comisión en su recurso por incumplimiento (la misma que se ha realizado por la doctrina española durante años) en torno a dos de los tres requisitos (queda fuera el de la relación de causalidad) es improcedente y deriva de una “interpretación errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” en relación con el alcance del principio de efectividad<sup>45</sup>.

Me parece convincente la argumentación de la sentencia que se comenta; y, por eso, rectifico la opinión que sobre este punto yo había manifestado hasta ahora. Cuestión distinta es que sigo pensando que debería integrarse pre-

<sup>41</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 171-173.

<sup>42</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 175.

<sup>43</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar, ap. 119.

<sup>44</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 177-178.

<sup>45</sup> STJUE 28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 185.

cisamente en el régimen jurídico de la acción de responsabilidad del Estado legislador derivada de la ley inconstitucional la idea valorativa del margen de tolerancia (conectada con el requisito de la violación suficientemente caracterizada) que debe reconocerse al legislador si no se quiere que la institución de la responsabilidad termine desencadenando un efecto inhibitor potencialmente perjudicial para los intereses públicos. Por utilizar una imagen que ya usé otra vez, la igualación de las acciones por responsabilidad del Estado legislador debería realizarse más “por arriba” que “por abajo”.

## 6. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

El legislador español diseñó en 2015 dos acciones simétricas o paralelas para reclamar responsabilidad del Estado por los daños derivados de la ley inconstitucional y de la ley contraria al DUE; y, ahora, el Tribunal de Justicia, le ha quebrado uno de los pilares que sostenía esa simetría: la dependencia de la acción de responsabilidad del Estado legislador por leyes que infringen el Derecho de la Unión de una sentencia del Tribunal de Justicia que cumpliera la misma función que la sentencia del Tribunal Constitucional en la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Como se ha dicho, ya en 2015 era, sin embargo, obvio que el monopolio que ostenta el Tribunal Constitucional con respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la ley no lo tiene el Tribunal de Justicia para constatar que una ley nacional infringe el Derecho de la Unión a los efectos de reconocer una indemnización por responsabilidad del Estado legislador. Eliminada una de las claves regulativas de la acción derivada del Derecho de la Unión, el legislador español tiene la obligación de reconstruir su régimen jurídico. Parece imperativo terminar este comentario haciendo alguna propuesta sobre la manera de hacerlo<sup>46</sup>.

Quizás la exigencia regulativa del principio europeo de efectividad que más obviamente se deriva de la sentencia comentada (y esta primera exigencia no deriva del error de hacer depender la acción de responsabilidad de una sentencia del Tribunal de Justicia que declare la infracción del DUE por la ley española) se refiera a la necesidad de prever expresamente el supuesto de que la lesión sea consecuencia directa de un acto u una omisión del legislador contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista actuación administrativa impugnabile. Para este caso el ordenamiento jurídico español no prevé ningún remedio dirigido a obtener tutela primaria o restitutoria, por lo que está justificada la pretensión inmediata de obtener la tutela secundaria o resarcitoria a través de la acción de responsabilidad. Hay que regular, entonces, el plazo de prescripción de esa acción. Nada impide, a mi juicio, para este supuesto seguir la tradición con respecto al plazo de prescripción; y establecer que el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el acto u omisión

---

<sup>46</sup> Otra propuesta general de reconstrucción del sistema, en Edorta Cobreros Mendazona (2022: 52-57).

del legislador que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, conforme a la regla general del art. 67.1 LPAC<sup>47</sup>.

Cuando existe acto administrativo impugnado dictado en aplicación de la ley contraria al DUE, tras la declaración (evidente) de que la reclamación no puede depender de la constatación de esa infracción por el Tribunal de Justicia y la paralela remisión a los órganos judiciales nacionales para realizar ese enjuiciamiento, la regulación todavía vigente pierde casi por completo su coherencia sistemática. En efecto, si la acción dependía de una sentencia futura del Tribunal de Justicia que declarara la vulneración del Derecho de la Unión por la ley española, tenía sentido disponer, como carga mínima para quien quisiera beneficiarse de esa declaración, que se hubiera interpuesto, al menos, un recurso judicial fracasado (“en cualquier instancia”, art. 32.5 LRJSP). Esa sentencia firme que desestimaba la pretensión de tutela primaria constituía el título que permitía al recurrente aprovechar la sentencia del Tribunal de Justicia para obtener la tutela secundaria.

Pero esta articulación de la acción es inadecuada cuando la reclamación de la responsabilidad del Estado no depende de una eventual sentencia futura del Tribunal de Justicia que declare la infracción del DUE por una ley nacional. Ya no tiene sentido disponer que basta con haber intentado defenderse *una sola vez* frente al acto administrativo que aplica la ley supuestamente contraria al Derecho de la Unión para pedir, inmediatamente después, la responsabilidad del Estado legislador por los daños derivados de esa ley y de la actuación administrativa que la aplica.

En el nuevo contexto impuesto por la sentencia comentada habrá que exigir que el ciudadano se defienda contra dicho acto administrativo con todos los recursos que quepa considerar incluidos bajo el concepto de “diligencia razonable” que -según se ha visto- utiliza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para afirmar, al delimitar las exigencias del principio de efectividad, que “la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola”<sup>48</sup>. Si, después de una sentencia desestimatoria en primera instancia, por ejemplo, cabe interponer recurso de apelación, es ilógico abrir entonces la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad, sin exigir primero que se agote la vía judicial previa. Ya se ha dicho que la tutela restitutoria frente a los actos nacidos de la aplicación de normas contrarias a Derecho es preferible a la ulterior tutela resarcitoria<sup>49</sup>.

Tras el fracaso del último recurso que quepa considerar como “razonable” (esto puede ser discutible, según el caso) para agotar la vía judicial previa (el intento de obtener tutela primaria o restitutoria) cabría estimar que, en ese momento, se consume el daño y empieza a correr el plazo (tradicional) de un

<sup>47</sup> Así, Edorta Cobreros Mendazona (2022: 48).

<sup>48</sup> Portodas, STJUE.28/06/2022, Comisión/España, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), ap. 123.

<sup>49</sup> Así, Gabriel Doménech Pascual (2022: 197-199).

año para ejercer la acción de responsabilidad del Estado legislador, mediante la solicitud de indemnización al Gobierno del Estado o de la comunidad autónoma, en función de que la ley sea estatal o autonómica, y la posterior impugnación judicial en caso de desestimación de la reclamación. Considero, pues, que puede aplicarse a este supuesto el criterio utilizado por el Tribunal Supremo para resolver una cuestión interpretativa semejante: “cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías para corregir o evitar la efectividad del perjuicio utilizadas por el interesado”<sup>50</sup>.

Cuando existe acto administrativo impugnado dictado en aplicación de una ley supuestamente contraria al DUE, esa reclamación de responsabilidad solo estará a disposición de quien desde la fase de recurso contra el acto hubiera invocado la infracción del Derecho de la Unión que ahora se hará valer en la acción de responsabilidad, conforme a la interpretación que más arriba se ha dado a este requisito impuesto por el art. 32.5 LRJSP.

Es necesario reflexionar también sobre el valor que en el contexto de esta nueva regulación debería otorgarse a la eventual sentencia del Tribunal de Justicia que declare que la ley nacional de que se trate es contraria al Derecho de la Unión, sentencia sobre la que pivotaba la regulación española de 2015 que ha sido rechazada por la decisión de ese Tribunal que se está comentando. En concreto, debe responderse a la cuestión de si la publicación de esa sentencia “reabre” el plazo de un año para ejercer la acción de responsabilidad del Estado legislador. Parece que ha de imponerse la respuesta negativa.

Esa eventual sentencia del Tribunal de Justicia declarando que la ley nacional infringe el DUE [dictada como consecuencia de una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) o de un recurso por incumplimiento (art. 258 TFUE)] contribuirá decisivamente a que los recurrentes que se encuentren en la fase de impugnación de la actuación administrativa aplicativa de esa ley obtengan una declaración de protección primaria de sus derechos: inaplicación de la ley nacional, eliminación del acto administrativo que alteró su situación jurídica infringiendo el Derecho de la Unión y restitución del recurrente en esa situación.

También acudirá esa sentencia del Tribunal de Justicia en auxilio de las pretensiones indemnizatorias de quienes se encuentren ya en la fase de reclamación de responsabilidad del Estado legislador (tras fracasar el intento de la tutela restitutoria o, en los supuestos de acto u omisión del legislador no recurrible, sin ese requisito), aunque el órgano judicial nacional todavía tendrá que pronunciarse sobre la concurrencia de los demás requisitos de los que depende el éxito de la acción: finalidad de la norma del DUE infringida de conferir derechos a los particulares, incumplimiento suficientemente caracterizado, etc. (art. 32.5 LRJSP).

---

<sup>50</sup> STS de 14 de septiembre de 2020, CLI:ES:TS:2020:2922, FD 5º.

Pero, para quienes ya hayan obtenido una sentencia firme de un órgano judicial nacional declarando la improcedencia de la indemnización derivada del Derecho de la Unión por responsabilidad del Estado legislador, a mi juicio, la fuerza de la cosa juzgada debe impedir que la publicación de una sentencia del Tribunal de Justicia declarando la infracción del DUE por la ley nacional lleve consigo la “reapertura” de la posibilidad de reclamar otra vez por el mismo motivo que fue desestimado por una decisión firme de un órgano judicial del Estado miembro.

En este caso no se aplica el conocido y gráfico argumento (aunque, en realidad, solo referido a la responsabilidad del Estado-juez) expuesto en la STJUE Köbler relativo a que “un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada”<sup>51</sup>. Aquí y ahora, por el contrario, se está hablando de un proceso en el que lo que se discutió y sobre lo que se decidió es justamente la procedencia de una indemnización por responsabilidad del Estado legislador. Volver a abrir la posibilidad de replantear exactamente la misma cuestión vulnera los valores (derivados del principio de seguridad jurídica) que están detrás de la institución de la cosa juzgada, por mucho que dicha cuestión pudiera eventualmente merecer otra respuesta distinta a la obtenida como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Por descontado, para quien dejó pasar el plazo de prescripción de la acción sin formular la reclamación de responsabilidad, la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia tampoco tiene el efecto de “reabrirle” ese plazo.

Hay que aludir, por último, a si existiría sitio en la nueva regulación para el plazo de cinco años de limitación en el tiempo de los daños indemnizables (art. 34.1, párrafo 2º, LRJSP). Una regulación que (con incorrección obvia) descansaba sobre la dependencia de la acción de responsabilidad de una futura sentencia del Tribunal de Justicia, conforme a lo que también sucede en el caso paralelo de la ley inconstitucional en relación con la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, podía considerar como cuestión merecedora de una regla especial la existencia de un largo lapso de tiempo que separase la producción del daño (y el intento de defenderse judicialmente frente a él) y la más o menos lejana declaración futura de la infracción del DUE por la sentencia del Tribunal de Justicia.

Pero en la nueva regulación, como se ha expuesto, las cosas deben suceder de otra manera. Ese largo lapso de tiempo no es imaginable en los mismos términos. Desde que se ataca la posición jurídica del ciudadano a través de un acto administrativo que aplica una ley contraria al DUE o de un acto o una omisión del legislador que infringen ese Derecho hasta que se dicta la resolución que reconoce el derecho a obtener una indemnización en concepto

---

<sup>51</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, asunto C-224/01, ap. 39.

de responsabilidad del Estado legislador se ha exigido una actitud sostenida y permanente del particular de defensa activa de sus derechos. No hay lapsos permitidos de inactividad procesal del recurrente que superen el tradicional plazo de un año para exigir la responsabilidad.

En estas circunstancias, introducir un plazo de limitación de los daños resarcibles supone, por definición, admitir que no se van a indemnizar algunos daños producidos mientras el particular estaba litigando, si la suma de los procesos exigidos hubiera durado más que el plazo de que se trate. Esto es, supone privar de tutela judicial secundaria (resarcimiento) a un particular que sufre daños mientras se ve obligado a pedir alguna modalidad de protección del juez frente a la actuación estatal contraria al DUE. Ese trato dispensado al ciudadano no parece compatible con las exigencias regulativas, precisamente, de la vertiente resarcitoria que -en mi opinión- debe considerarse también contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 47 CDFUE y 24.1 CE).

## BIBLIOGRAFÍA

- Acker, Martin (2021), "Vorrang des Primärrechtsschutzes: Analyse und Bewertung dieses Grundsatzes im Staatshaftungsrecht", *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 21:22, pp. 641-646.
- Alonso García, María Consuelo (2010), "La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. (Reflexiones al hilo de la Sentencia del TJCE de 26 de enero de 2010)", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 12, pp. 74 y ss.
- Alonso García, Ricardo (2009), "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en especial, en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 19, pp. 175 y ss.
- Cobrerros Mendazona, Edorta (2015), "La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea", *Revista de Administración Pública*, núm. 196, pp. 11-59.
- (2022), "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia", *Revista de Administración pública*, núm. 219, pp. 21-58.
- Cortese, Fulvio (2010), "Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, pp. 1304 y ss.
- Díez Sastre, Silvia (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid.
- Doménech Pascual, Gabriel (2015), "Donde dije responsabilidad patrimonial del Estado legislador digo...", <http://almacendederecho.org/donde-dije-responsabilidad-patrimonial-del-estado-legislador-digo>
- (2022), "Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho", *InDret*, 4.2022, pp. 168-228.

- Erbguth, Wilfried (2002), “Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 61, De Gruyter, Berlín, pp. 221 y ss.
- Fernández Farreres, Germán (2022), “Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (as. C-278/20)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, pp. 21-50.
- Gómez Ligüerre, Carlos (2022), “Legislador legislado (en parte)”, *InDret*, 3.2022, pp. i-vi.
- González Alonso, Alicia (2016), “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.
- Martín y Pérez de Nanclares, José (2010), “Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 26 January 2010”, *Common Market Law Review*, núm. 47 (2010-6), pp. 1847-1870.
- Plaza Martín, Carmen (2010), “Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence; Going too far in Transportes Urbanos?”, *Review of European Administrative Law*, vol. 3, núm 2, pp. 27 y ss.
- Rodríguez Carbajo, José Ramón (2011), “La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las leyes internas que infringen el Derecho comunitario”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2-2011, pp. 3 y ss.
- Rodríguez de Santiago, José María (2011), “«Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, pp. 141-171.



