

# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR SU INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

EDORTA COBREROS MENDAZONA<sup>1</sup>  
Universidad del País Vasco

## *Cómo citar/Citation*

Cobrerros Mendazona, E. (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*, 219, 21-58.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.219.02>

## **Resumen**

Las dudas que han venido acompañando al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por su incumplimiento del derecho de la Unión continúan, de alguna manera, tras la sentencia de 28 de junio de 2022, del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que declara el incumplimiento de España por su legislación en materia de responsabilidad patrimonial del legislador por los daños causados por leyes contrarias al ordenamiento de la Unión Europea. Esta sentencia adquiere una gran importancia porque obliga a modificar el régimen establecido en 2015 y, mientras tanto, a adoptar diversas medidas (interpretación conforme, inaplicación por la primacía del ordenamiento de la Unión...) que no son fáciles de implementar.

## **Palabras clave**

Responsabilidad patrimonial del legislador por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, principio de efectividad; principio de equivalencia; ejecución de sentencia declarativa del incumplimiento.

---

<sup>1</sup> Del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT1699-33.

**Abstract**

The doubts that have been accompanying the system of patrimonial responsibility of the State for its breach of Union Law continue, in some way, after the judgment of June 28, 2022, of the Court of Justice of Luxembourg, which declares Spain's failure to comply by its legislation in the matter of patrimonial responsibility of the legislator for the damages caused by laws contrary to the order of the European Union. This sentence acquires great importance because it obliges to modify the regime established in 2015 and, in the meantime, to adopt various measures (consistent interpretation, non-application due to the primacy of the Union legal order...) which are not easy to implement.

**Keywords**

Liability of the legislator for damages caused by laws contrary to EU law; principle of effectiveness, principle of equivalence, execution of the judgment establishing the failure to comply.

## SUMARIO

---

I. UN PRINCIPIO FIRMEMENTE ASENTADO PERO NO EXENTO DE ALGUNAS INCERTIDUMBRES. II. EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO INTERPUESTO POR LA COMISIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. Su planteamiento. 2. La superación de las objeciones de inadmisibilidad. III. LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO NO RESISTE EL CONTRASTE CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD: 1. Previo. 2. El requisito de la existencia previa de una sentencia declarativa del carácter contrario al derecho de la Unión de la norma legal causante del daño. 3. El requisito de la previa sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa aplicadora de la ley incompatible con el derecho de la Unión Europea. 4. El requisito de que en el previo recurso contra la actuación administrativa dañosa se haya alegado la infracción del derecho de la Unión. 5. Sobre el plazo de prescripción de un año desde la publicación de la sentencia para el ejercicio de la acción indemnizatoria. 6. Sobre la limitación del *quantum* indemnizatorio a los daños producidos durante los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia de incumplimiento. 7. La potencialidad del principio de efectividad. IV. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA NO SUPONE UN ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA: 1. La previsible comparación con el régimen de la responsabilidad por ley inconstitucional, propugnada también por la Comisión. 2. La desestimación de la aplicación del principio de equivalencia y la negativa a llegar a un resultado similar. 3. ¿Prima la unidad de mínimos frente a la equivalencia? V. EL IMPACTO DE ESTA SENTENCIA EN NUESTRO SISTEMA: 1. A qué afecta la sentencia. 2. El obligado cumplimiento de la sentencia y sus consecuencias. 3. Algunas consideraciones sobre el sistema establecido en la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público.

---

## I. UN PRINCIPIO FIRMEMENTE ASENTADO PERO NO EXENTO DE ALGUNAS INCERTIDUMBRES

El principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados en caso de incumplimiento del derecho de la Unión Europea nadie puede negar que está firmemente consolidado en el núcleo del ordenamiento europeo y que, desde

hace ya más de treinta años, se aplica con determinación por el Tribunal de Justicia<sup>2</sup>. Pero su misma creación jurisprudencial, alumbrando tal principio como «inherente al sistema del Tratado»<sup>3</sup> —y, por tanto, sin un referente explícito en el derecho originario<sup>4</sup>—, concede un margen interpretativo muy amplio al Tribunal de Luxemburgo. Esto ha posibilitado, en efecto, una evolución y una paulatina elaboración de este principio, que no permitía dar por cerrada su construcción con sus más iniciales pronunciamientos.

Así, si al comienzo (1991) se formuló como una responsabilidad de tipo objetivo, al cabo de unos años (1996) se dio un giro radical con la introducción del complejo requisito de la «violación suficientemente caracterizada», primero para determinados casos en los que hubiera amplias facultades de apreciación para el Estado<sup>5</sup> y, enseguida, para todos los supuestos<sup>6</sup>.

Asimismo, este principio fue ganando terreno en el ámbito de su aplicación y, tras comprender las actuaciones normativas y administrativas de los Estados, también incluyó expresamente (a partir de 2003) un supuesto bien delicado como es el del incumplimiento *judicial* del derecho de la Unión<sup>7</sup>.

Estas eran precisiones que obligaban (y obligan) a todos los Estados miembros a estar muy atentos a lo que va diciendo el Tribunal de Luxemburgo —el artífice del principio, como hemos dicho—, pues las suyas son interpretaciones del propio derecho de la Unión y, por lo tanto, de necesaria observancia por parte de los Estados y, destacadamente, de sus órganos jurisdiccionales.

Pero entre nosotros se proyectaron algunas incertidumbres específicas sobre la aplicación que tenían que hacer los tribunales de este principio. Ciertamente, fue diligente su recepción por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>8</sup>; ahora bien, desde sus inicios, el ordenamiento de aplicación de este principio presentó algunas dificultades propias y fue objeto de diversas discusiones. Así, tenemos lo relativo al sistema de acceso jurisdiccional para el ejercicio de la acción de indemnización, en el caso de leyes contrarias al derecho de la Unión, que, tal y como

<sup>2</sup> Como es harto sabido, a partir de su sentencia *Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y 9/90.

<sup>3</sup> También desde la s. *Francovich y Bonifaci*, cit. apdo. 35, y continuando hasta la fecha.

<sup>4</sup> El abogado general Léger ya constató que la necesidad de una articulación legal de este principio les fue planteada a los negociadores del Tratado de Maastricht, pero estos hicieron caso omiso de tal sugerencia (puede verse la referencia en sus conclusiones de 20 de junio de 1995, presentadas en el as. *Hedley Lomas*, C-5/94, apdo. 52). Véase, asimismo, lo que se recoge más adelante, en la nota 20.

<sup>5</sup> Con la destacada sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 5 de marzo de 1996, C-46/93 y 48/93.

<sup>6</sup> Sentencia *Hedley Lomas*, de 23 de mayo de 1996, C-5/94.

<sup>7</sup> Sentencia *Köbler*, de 30 de septiembre de 2003, C-224/01.

<sup>8</sup> Puede verse E. Cobrerros Mendazona (2015a), *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la Unión Europea*, Madrid, Iustel: págs. 133 y ss.

se había construido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo<sup>9</sup> —diferenciándolo netamente del sistema para los daños causado por leyes inconstitucionales—, fue expeditivamente descalificado en 2010 por el Tribunal de Luxemburgo, con fundamento en el principio de equivalencia<sup>10</sup>.

Asimismo, prácticamente desde el comienzo, el requisito de la violación suficientemente caracterizada —como exigencia de que el incumplimiento fuera manifiesto y grave para ser indemnizable— planteó serias dudas sobre su aplicación entre nosotros, como más adelante se recordará.

Finalmente, en 2015 el legislador abordó directamente una regulación específica para el supuesto que nos ocupa<sup>11</sup>. Pero ya desde su promulgación surgieron muchas voces críticas hacia la misma, que pronto se verían reforzadas —añadiendo una incertidumbre más— con la decisión de la Comisión de iniciar un procedimiento por incumplimiento contra España, por considerar que tal regulación iba en contra de los principios de equivalencia y efectividad.

Pues bien, recientemente el Tribunal de Justicia ha dado, por fin, respuesta a la pretensión de la Comisión de que se declare el incumplimiento de España por esta legislación y lo ha hecho en una sentencia, de la Gran Sala, bastante extensa y compleja. Sentencia que estaría llamada a apaciguar las incertidumbres y discusiones que hemos tenido, pero cuya ejecución efectiva también exigirá un notable esfuerzo no solo de voluntad (por cumplirla correctamente), sino también de acierto (para abordar las modificaciones legales ahora precisas). Además, y hasta que se produzcan tales actuaciones, habrá que considerar y tratar debidamente los supuestos que se vayan planteando —y que ya no pueden resolverse con los criterios anteriores a este pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo—, lo que también puede presentar sus particulares dudas o dificultades.

Hechas estas precisiones, analizaremos a continuación esta intervención del Tribunal de Justicia y, finalmente, su alcance para nuestro sistema.

---

<sup>9</sup> Pues hasta 2015 no tuvimos legislación al respecto.

<sup>10</sup> En su sentencia *Transportes Urbanos*, de 26 de enero de 2010, C-118/08.

<sup>11</sup> En la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo preámbulo se señala, en cuanto al régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que “entre las novedades más destacables en este ámbito, merecen especial mención los cambios introducidos en la regulación de la denominada “responsabilidad patrimonial del Estado Legislador” por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda».

## II. EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO INTERPUESTO POR LA COMISIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

### 1. SU PLANTEAMIENTO

La acción por incumplimiento contra el Reino de España ejercitada por la Comisión, al amparo del art. 258 TFUE, a la que le habían llegado quejas de particulares al respecto, ha dado lugar a la relevante sentencia *Comisión c. España*, de 28 de junio de 2022<sup>12</sup>. Al tratarse de un proceso de este tipo, el pronunciamiento judicial se produce tras una primera fase precontenciosa<sup>13</sup> y una segunda fase ya

<sup>12</sup> C-278/20. Un temprano y acertado comentario a esta sentencia (amablemente facilitado por su autor) en el trabajo de G. Fernández Farreres (2022), «Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración 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)», de inmediata publicación en *REDA*, 221. También S. Iglesias Sánchez (2022), «The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles? – *Commission v Spain* (C-278/20)», *Eu Law Live*, 20 de julio. Otra referencia en G. Doménech Pascual (2022), «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *InDret*, 4, apdo. 2.6.

<sup>13</sup> Que transcurre, inicialmente, con un procedimiento *EUPilot*. Este mecanismo, cuya implantación se produce en 2008 y tiene por objeto reducir la litigiosidad con los Estados, está concebido como un diálogo bilateral con la Comisión, de carácter más bien informal, pero estructurado y con unos plazos establecidos para no alargar excesivamente el procedimiento. Al resultar infructuoso este primer contacto, la Comisión inició formalmente el procedimiento (precontencioso, se insiste) el 15 de junio de 2017, formulando el correspondiente *requerimiento* al Reino de España. Este contesta el 4 de agosto de 2017, pero la Comisión, disconforme, emite *dictamen motivado* el 26 de enero de 2018. Se produce una reunión entre ambas partes el 14 de marzo de 2018 y España responde el 26 de marzo del mismo año en el sentido de que mantiene su posición. Unos meses después, sin embargo, por escrito de 20 de noviembre de 2018, le comunica a la Comisión que había reconsiderado su posición y que le remitiría en breve un proyecto normativo con el objeto de acomodar el derecho español al derecho de la Unión. Proyecto que, efectivamente, se envía a la Comisión el 21 de diciembre de 2018 (según el apdo. 19 de la sentencia que nos ocupa). Salvo error, esta última iniciativa gubernamental no se ha hecho pública en ningún lugar, ni formal ni informalmente. Se celebra una nueva reunión bilateral el 18 de enero de 2019 y la Comisión responde el 15 de mayo de 2019 que el proyecto normativo enviado podría resolver la tacha referente al principio de equivalencia, pero no al de efectividad. Finalmente, España manifiesta a la Comisión el 31 de julio de 2019 que no puede formular nuevas propuestas por estar el Gobierno en funciones. La Comisión decide, entonces, interponer el recurso judicial por incumplimiento. Como se ve, una fase previa bastante compleja y que se extiende en el tiempo por un plazo de casi cuatro años.

en sede del Tribunal de Luxemburgo<sup>14</sup>. Sumadas ambas, en total casi seis años de disputa e incertidumbre hasta la resolución final.

En lo fundamental, el recurso se dirige contra los apartados 3 a 6 del art. 32 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) —que son los que se refieren a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, con una mención expresa al caso de las leyes contrarias al derecho de la Unión Europea—, contra el art. 34.1, párrafo segundo de la misma LRJSP —que es el que establece, para el caso que nos ocupa, la limitación de la indemnización a los daños producidos durante los cinco últimos años— y contra el art. 67.1, párrafo tercero de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC, también de 2015) —que es el que dispone que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria es de un año a contar desde la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* de la sentencia que establece el carácter contrario al derecho de la Unión—. Para la Comisión, por tanto, se trata de un incumplimiento por mantener en el ordenamiento español determinadas disposiciones legales dirigidas, directamente, a la regulación de una concreta obligación dispuesta por el derecho supranacional, cual es la de reparar a los particulares por los daños que les haya ocasionado una ley contraria al ordenamiento europeo. Podríamos decir que se trata de una especie de «metaincumplimiento», pues lo que se enjuicia es una ley que regula la responsabilidad del Estado cuando su legislador ha incumplido el derecho de la Unión que la Comisión considera contraria al derecho de la Unión, precisamente.

Para fundamentar la solicitud de la formal declaración de incumplimiento de las obligaciones de España para con el ordenamiento de la Unión *ex* art. 260.1 TFUE, la Comisión aduce la violación tanto del principio de efectividad como del principio de equivalencia. Estos serán, únicamente, los elementos jurídicos que estarán en juego en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia y que aquí analizaremos también separadamente y en tal orden, advirtiendo que prescindiremos de algunos aspectos que no se consideran fundamentales en la *ratio* de la sentencia.

La sentencia la dicta la Gran Sala<sup>15</sup>, presidida, como es preceptivo, por el presidente del Tribunal de Justicia, el señor K. Lenaerts.

<sup>14</sup> En ejercicio de su libre facultad impugnatoria, la Comisión interpone el recurso directo por incumplimiento el 24 de junio de 2020; la vista tiene lugar el 28 de septiembre de 2021; las conclusiones las hace públicas el abogado general señor Szpunar el 9 de diciembre de 2021 y, como ya se ha señalado, la sentencia se produce el 28 de junio de 2022. Esta fase judicial, por tanto, tiene una duración de dos años (lo que la sitúa algo por encima de la media, ya que, según las memorias del Tribunal de Justicia, durante 2020 y 2021 procesos de este tipo duraron 19,2 meses y 21,8 meses).

<sup>15</sup> Formada, como es sabido, por quince jueces (art. 27.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia), lo que pone de manifiesto que el tribunal apreció la concurrencia de alguna o algunas de las tres causas previstas para ello en el art. 60.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia: la dificultad, la importancia del asunto y la concurrencia de circunstancias particulares. Parece que, como mínimo, el criterio de la importancia encaja perfectamente en este caso, dado que, por un lado, el propio Pleno del Tribunal de Justicia,

## 2. LA SUPERACIÓN DE LAS OBJECIONES DE INADMISIBILIDAD

Antes de abordar la interpretación y aplicación que hace el Tribunal de Luxemburgo de estos dos grandes principios relacionales del derecho de la Unión con los derechos de los Estados miembros, lo primero que hay que tratar son las tachas de inadmisibilidad del recurso que formula la representación de España.

Así, por esta se señala (apdos. 23 a 28) que lo que plantea la Comisión —inadecuadamente, en un recurso por incumplimiento— es una suerte de impugnación total del sistema español de responsabilidad patrimonial, pretendiendo su reconfiguración y afectando a supuestos distintos de los relativos a la responsabilidad del Estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión<sup>16</sup>. La sentencia, sin embargo, aun reconociendo que la Comisión ha formulado una serie de consideraciones generales sobre el régimen de responsabilidad patrimonial español, interpreta que las pretensiones (y las alegaciones que las sustentan en la demanda) están claramente referidas a unos concretos preceptos legales y que, desde el dictamen motivado previo, estos ya aparecían delimitados y con el mismo fundamento jurídico. Por esta razón no advierte ninguna ampliación del objeto del recurso y rechaza la aducida inadmisibilidad.

La segunda objeción que la representación de España formula a la demanda de la Comisión (apdos. 35 a 52) es que esta realiza un examen parcial y, por tanto, insuficiente o incompleto (apdo. 33 de las conclusiones) de los supuestos en los que se puede obtener el resarcimiento en el caso que nos ocupa. Y, aquí, la citada representación despliega una serie de vías o cauces jurídicos existentes *al margen del art. 32.5 LRJSP* —que es donde se focaliza la tacha de incumplimiento, como se ha dicho— y que, a su juicio, convierte esta previsión en una «cláusula de cierre del sistema jurídico español a la que únicamente se recurrirá con carácter residual o final» (apdo. 38). A su parecer, se trata de vías o cauces en los que se puede invocar el derecho de la Unión Europea sin limitación alguna<sup>17</sup> y en los que el juez español —hay que entender que actuando como juez de aplicación del derecho

---

en una destacadísima resolución (como es su *Dictamen de 8 de marzo de 2011*, núm. 1/09, apdos. 85 y 89), ha caracterizado el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por su incumplimiento del derecho de la Unión como constitutivo de una de las funciones esenciales para la preservación de la naturaleza misma del derecho establecido por los Tratados; y, por otro lado, el recurso de la Comisión impugnaba frontalmente la regulación legal de un Estado miembro destinada, precisamente, a dar cumplimiento a esta obligación derivada del derecho de la Unión.

<sup>16</sup> Algo así podría interpretarse ciertamente, pues, como reconoce el abogado general, «la Comisión sostiene en su demanda que, en caso de que el Tribunal de Justicia estime el recurso, *el régimen español deberá reconfigurarse en su conjunto*» (Conclusiones, cit., apdo. 26, la cursiva está añadida).

<sup>17</sup> Estos cauces existentes en el ordenamiento español, para obtener una indemnización por los daños causados por una ley incompatible con el derecho de la Unión, los desgana la representación de España así (apdos. 39 a 41):



de la Unión— puede otorgar la reparación íntegra de los daños así producidos (apdo. 40)<sup>18</sup>. Todo esto, se insiste, al margen del cauce previsto en el art. 32.5 LRJSP, que solo se activará en el caso de que tales vías se hayan visto denegadas y, posteriormente, surja una sentencia que declare que la ley española incumple el ordenamiento de la Unión.

La protección judicial del derecho a la indemnización *ex iure europeo* se obtendría, entre nosotros, a través del recurso contencioso-administrativo ya establecido. La específica y novedosa vía del art. 32.5 LRJSP, establecida en 2015 para la responsabilidad del Estado cuando legisla en contradicción con el derecho de la Unión causando un daño, sería una vía adicional, pero en absoluto excluyente de la «ordinaria». La existencia de este recurso —remarca la representación de España— en ningún caso impide a los órganos jurisdiccionales nacionales abstenerse de aplicar leyes contrarias al derecho de la Unión y reconocer la indemnización en el marco del correspondiente recurso o a través del ejercicio de una solicitud individualizada de responsabilidad patrimonial (apdo. 52).

La exigencia de una sentencia que previamente declare el incumplimiento —que analizaremos con detenimiento a continuación— para la Comisión supone que todos los órganos jurisdiccionales españoles, sean del nivel que sean, estarían obligados a desestimar las demandas de responsabilidad del Estado que no cumplan con tal requisito o, si no, a acudir al Tribunal de Justicia en cuestión prejudicial (incluso aunque no vengan obligados a ello por el art. 267 TFUE) (apdo. 53). A su juicio, no se puede considerar el art. 32.5 LRJSP como una disposición residual porque regula de forma específica el supuesto que nos ocupa (apdo. 56).

---

– Los arts. 31.2, 32.2 y 71.1, d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA); esto es, el recurso contencioso-administrativo ordinario para la anulación y el resarcimiento, en su caso, de un acto o un reglamento, incluida la vía de hecho.

– El art. 106.4 LPAC; que regula la revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos de pleno derecho, que incluye la posibilidad de que la propia Administración también reconozca la procedencia de una indemnización.

– Los arts. 221 y ss. de la Ley General Tributaria; que son los destinados a la obtención de la devolución de ingresos indebidos.

– Los arts. 37.3, 110 y 111 LJCA; que regulan la extensión de los efectos de una sentencia estimatoria a otros supuestos.

Cauces generales u ordinarios de impugnación y de resarcimiento establecidos independientemente de que la ilegalidad del acto administrativo resulte del derecho nacional o del derecho de la Unión (apdo. 43). E insiste la representación de España en que el mencionado art. 32 LRJSP establece un sistema en el que su apartado 5 —que es aquel en el que centra la Comisión su recurso— es solo un remedio específico y residual, aplicable cuando ha fallado el sistema general u ordinario (apdo. 45).

<sup>18</sup> Veremos más adelante [V.3.B]) que esto último no es tan sencillo como lo presenta la defensa de España.

En seguida veremos que, para el Tribunal de Justicia, sin poner demasiado en cuestión el planteamiento de la representación de España, las previsiones específicas contenidas en el art. 32 LRJSP para la responsabilidad del Estado legislador no cumplen con las exigencias del principio de efectividad.

Orillando ahora alguna otra objeción formulada al planteamiento del recurso<sup>19</sup>, podemos prescindir aquí de un análisis detallado de la prolija argumentación desplegada por la sentencia (apdos. 58 a 89) para superar los obstáculos aducidos a fin de que el Tribunal no entrase al examen de las cuestiones de fondo planteadas por la Comisión en su recurso. Pero sí hay que dejar constancia de que, analizadas por el tribunal todas las vías presentadas por la representación de España como las ordinarias o principales, llega a la conclusión de que estas no sirven para *todos* los casos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, dejando ya constatados dos «agujeros negros» de tal sistema, como serían: a) las leyes que no requieren un acto administrativo de aplicación (y que, para abreviar, podemos denominar leyes autoaplicativas); y b) los supuestos de omisión legislativa, esto es, aquellos casos en los que el daño a los particulares se produce porque, en incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión, el legislador nacional no ha actuado.

Si a eso añadimos que las concretas disposiciones del art. 32 LRJSP objeto del recurso por incumplimiento, aunque se intente presentarlas como adicionales, tienen un determinado ámbito de aplicación, el Tribunal de Justicia considerará que ha de entrar a analizarlas y a contrastarlas con los citados principios de equivalencia y, sobre todo, de efectividad.

Veamos, entonces, la aplicación que hace esta importante sentencia de ambos principios, adelantando ya que los requisitos materiales establecidos en el art. 32.5 LRJSP no le parecen contradictorios con el principio de equivalencia, pero que varios de los requisitos procesales establecidos en los artículos objeto del recurso sí atentan contra el principio de efectividad.

---

<sup>19</sup> Como es la referente a que, según la representación de España, la comparación de nuestro sistema con el existente en el ordenamiento de la Unión Europea para la responsabilidad extracontractual de las propias instituciones de la Unión arrojaría la conclusión de que aquel es mucho más beneficioso que este y que, por lo tanto, el principio de efectividad tendría que tener eso en cuenta porque no puede haber una interpretación distinta según que el acto perjudicial sea cometido por un Estado miembro o por una Institución de la Unión (apdo. 46). Sin embargo, el tribunal superará esta objeción señalando que el mencionado principio de efectividad requiere que el examen se refiera a las disposiciones procesales existentes en el sistema *estatal*, sin acudir a otros ordenamientos jurídicos, razón por la que las críticas realizadas al sistema de responsabilidad extracontractual de la Unión no pueden, en principio, impedir el examen de las disposiciones españolas impugnadas por la Comisión (apdo. 83).

### III. LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO NO RESISTE EL CONTRASTE CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

#### 1. PREVIO

Enmarcado en el más amplio y fundamental principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE), el principio de efectividad pretende equilibrar la autonomía institucional y procesal de que gozan los Estados miembros con que sus vías o cauces internos de aplicación del derecho de la Unión Europea resulten realmente operativos. En nuestro caso, dado que no existe una normativa europea que armonice los cauces para exigir la responsabilidad patrimonial de los Estados<sup>20</sup>, corresponde a cada uno de ellos establecer los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales puestos a disposición de los justiciables. Eso sí —y aquí incide de lleno la cautela del principio de efectividad—, sin que el sistema establecido *haga prácticamente imposible o excesivamente difícil* (según la inalterada formulación canónica del citado principio) obtener la indemnización<sup>21</sup>.

Ya hemos señalado que la sentencia solo se centra en las específicas previsiones legales establecidas en 2015 para regular la responsabilidad del Estado legislador, dejando de lado el enjuiciamiento de los *otros* cauces que se argumentaba por la representación de España que eran la vía idónea para la generalidad de los supuestos. No obstante, como veremos a continuación, algunas de las conclusiones a las que llega el Tribunal de Luxemburgo serán forzosamente de aplicación a

<sup>20</sup> Aunque algunas autorizadas voces hace ya tiempo que consideraron que en el ordenamiento supranacional hay base jurídica para ello. Así, podemos comprobarlo en las elaboradas conclusiones a *Francovich y Bonifaci*, presentadas por el abogado general Mischo (el 28 de mayo de 1991, C-6/90 y 9/90, apdo. 83) —quien se lamentaba de que «el propio legislador comunitario no haya establecido un sistema de responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho comunitario, como ya en 1975 le propuso el Tribunal de Justicia, en el marco de las sugerencias que presentó el Sr. Tindemans [publicado en el *Bulletin des Communautés européennes*, suplemento 9/75, p. 19]. En todo caso, no es demasiado tarde para hacerlo—, y que situaba el fundamento jurídico de tal afirmación en los actuales arts. 115 a 117 (aproximación de legislaciones en mercado interior) y 352 (competencias implícitas de la Unión) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (apdo. 78 de sus Conclusiones citadas). En el mismo sentido, F. Schockweiler (1992), «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1, págs. 27-50 (pág. 49); y, entre nosotros, E. Guichot Reina (2001), *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 520 y 521.

<sup>21</sup> Así aparece, para el caso de la responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho de la Unión (entonces, comunitario), desde la inicial sentencia *Francovich y Bonifaci*, cit., apdos. 42 y 43.

*todos* los casos en los que se pretenda una indemnización por esta causa. También, por tanto, para los que, según la contestación a la demanda, quedaban al margen de estas previsiones; lo que procede explicitarse ahora para evitar interpretaciones restrictivas equivocadas.

## 2. EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA PREVIA DE UNA SENTENCIA DECLARATIVA DEL CARÁCTER CONTRARIO AL DERECHO DE LA UNIÓN DE LA NORMA LEGAL CAUSANTE DEL DAÑO

Este requisito es la clave de bóveda del sistema para el ejercicio de la acción de indemnización por la responsabilidad del Estado legislador establecido en nuestra legislación.

En efecto, el art. 32.5 LRJSP establece expresamente que procederá la indemnización «siempre que se hubiera alegado la infracción del derecho de la Unión Europea *posteriormente declarada*». Lo que se reitera en el art. 32.6 LRJSP al establecer que 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 DOUE. Por su parte, en el art. 34.1, párrafo segundo LRJSP, para limitar el resarcimiento se insiste en tomar como referencia temporal «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*». Finalmente, el art. 67.1 LPAC, para el cómputo del plazo de prescripción de la reclamación de la responsabilidad del art. 32.5 LRJSP, también establece como referencia la publicación en el DOUE de la *sentencia que declare «su carácter contrario al derecho de la Unión Europea»*.

En lo esencial, y según su presentación del sistema completo, la defensa planteada por la representación de España de tal previsión consiste en argumentar que esta exigencia no se requiere en los supuestos «ordinarios» de reclamación de responsabilidad (para abreviar, los del recurso contencioso-administrativo contra el acto de aplicación de la ley) y solo aparece en la vía «adicional» del art. 32.5 LRJSP (esto es, la establecida tras la anterior, fallida, a partir del posterior dato de la constatación formal del incumplimiento) porque había que superar el obstáculo de la cosa juzgada de la sentencia previa desestimatoria. Además, según la defensa estatal, estos preceptos no exigen estrictamente una sentencia previa que declare el incumplimiento (esto es, una sentencia estimatoria de un recurso directo por incumplimiento *ex art. 258 TFUE*), sino que también vale una sentencia dictada en cuestión prejudicial de la que se deduzca el tan mencionado incumplimiento legislativo estatal del derecho de la Unión.

Es este requisito de la intervención previa del Tribunal de Justicia —certificadora del incumplimiento, podríamos calificarla— la que dirá la sentencia que resulta incompatible con la construcción jurisprudencial del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, como ahora nos lo recuerda,

ya en 1996 la sentencia *Brasserie y Factortame* concluyó que la exigencia previa de la declaración del incumplimiento era contraria al principio de efectividad, pues:

[...] supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo [258 TFUE] y de una condena por parte del Tribunal de Justicia. Pues bien, los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar, con arreglo al artículo [258 TFUE], en contra de un Estado miembro ni de que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento<sup>22</sup>.

Este planteamiento se reitera con firmeza unos años más tarde con respecto a una sentencia dictada en una cuestión prejudicial interpretativa: «la reparación del daño causado por una infracción del derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción»<sup>23</sup>.

La razón que sustenta esta interpretación es bastante evidente: los particulares afectados no tienen legitimación procesal para la interposición del recurso por incumplimiento (solo la Comisión y los restantes Estados miembros, según los arts. 258 y 259 TFUE); y el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial tampoco está, en absoluto, en sus manos (según el art. 267 TFUE), sino que, a lo máximo, podrán sugerirlo o solicitarlo al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto.

La conclusión de todo esto será que en ningún caso se puede exigir la intervención previa del Tribunal de Justicia que evidencie el incumplimiento legal imputado. Y, como el art. 32.5 LRJSP (y concordantes) así lo dispone —aunque sea para un caso residual, según la representación de España—, tal requisito deviene incompatible con el principio de efectividad y, por lo tanto, deberá inaplicarse y eliminarse (aunque sobre esto volveremos más adelante).

En fin, para que quede lo más claro posible, si existe una sentencia previa que declare (o de la que se deduzca) el incumplimiento del legislador<sup>24</sup>, siempre será mucho más fácil la obtención de la reparación por parte de los particulares

<sup>22</sup> S. *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., apdo. 95.

<sup>23</sup> S. *Transportes Urbanos*, cit., apdo. 38.

<sup>24</sup> Repárese en que eso es lo que sucedió (y probablemente facilitó mucho la construcción jurisprudencial misma del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados) en las dos primeras sentencias emblemáticas de la construcción del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, como fueron las citadas *Francovoich* y *Bonifaci*, en relación con una

afectados, pero su inexistencia en absoluto significa que el juez nacional —sea el que fuera que tenga atribuida la competencia para conocer de la acción de indemnización (en nuestro caso, el contencioso-administrativo en vía de recurso)— no pueda considerar la existencia de tal incumplimiento y, cumplidos los restantes requisitos, otorgar la indemnización<sup>25</sup>.

Por lo tanto, se insiste, resulta inexigible la existencia de una sentencia previa del Tribunal de Justicia reveladora del incumplimiento, en cualquier caso.

### 3. EL REQUISITO DE LA PREVIA SENTENCIA FIRME DESESTIMATORIA DE UN RECURSO CONTRA LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA APLICADORA DE LA LEY INCOMPATIBLE CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El éxito de la obtención del resarcimiento por la vía del art. 32 LRJSP —que es el que enjuicia el Tribunal de Luxemburgo en este recurso, se insiste— depende de que el particular perjudicado hubiera reaccionado tempestivamente contra la actuación administrativa perjudicial, que materializaba la aplicación de la ley incorrecta; y que tal reacción no hubiera dado buen resultado, pues el cauce del art. 32.5 LRJSP solo es posible transitarlo «cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, *sentencia firme desestimatoria* de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño» (art. 32.5 LRJSP).

Pues bien, esta condición previa también la impugna la Comisión por considerarla de imposible o muy difícil cumplimiento en algunos casos. Más precisamente: al no preverse ninguna excepción, a su juicio, resulta contraria al principio de efectividad.

Según el Tribunal de Justicia, puede exigírsele al perjudicado que haya actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su magnitud y, en particular, que haya planteado en tiempo oportuno todas las acciones que en derecho le correspondieran. Pero lo que es contrario al principio de efectividad es obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones posibles si ello les ocasiona dificultades excesivas o no sea razonable exigírseles que las ejerciten (apdo. 123 de la sentencia, con cita de anteriores pronunciamientos).

Aplicándolo al caso, la sentencia considerará que la impugnación de la actuación dañosa que aplica la ley es un medio razonablemente exigible que puede

---

omisión normativa italiana, y la *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, en relación con sendas leyes del Reino Unido y de Alemania, respectivamente.

<sup>25</sup> Como en tantas ocasiones ha dicho el Tribunal de Justicia, «corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si se reúnen o no los requisitos para que los Estados incurran en responsabilidad derivada de la violación del Derecho» de la Unión europea (así, desde los más iniciales pronunciamientos, como fueron la Sentencia *British Telecommunications*, de 26 de marzo de 1996, C-392/93, apdo. 41, o la Sentencia *Denkavit*, de 17 de octubre de 1996, C-283,291 y 292/94, apdo. 49; hasta otros más recientes, como es la Sentencia *Thelen Technopark Berlin*, de 18 de enero de 2022, C-261/20, apdo. 45).

evitar o minimizar el perjuicio, máxime teniendo en cuenta que no se requiere el agotamiento de la vía judicial sino, únicamente, una sentencia firme desestimatoria. Pero la dificultad está en aquellos casos, que no son descartables en absoluto, en los que no hay una actuación administrativa de ejecución, como son todos los supuestos de ley autoaplicativa, a los que hay que añadir otro nada hipotético como es el daño producido, no por una ley contraria al derecho de la Unión, sino por una omisión legislativa, también contraria al derecho supranacional. En estos dos casos no es razonable exigir al particular perjudicado que tenga que «provocar» la adopción de un acto administrativo que pudiera luego impugnar<sup>26</sup>.

Por tanto, en la parte —y solo en ella— en que la ley española de 2015 no prevé excepción alguna para estos dos casos, este requisito también resulta contrario al principio de efectividad.

#### 4. EL REQUISITO DE QUE EN EL PREVIO RECURSO CONTRA LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DAÑOSA SE HAYA ALEGADO LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Acabamos de decir que, cuando existe una actuación administrativa dañosa por aplicar una ley contraria al derecho de la Unión, es razonable exigirle al interesado una reacción contra aquella, en vez de esperar sin hacer nada y luego, si se declara la incompatibilidad legal, instar la reparación. La cuestión que plantea la Comisión en su recurso es la del requisito añadido de que, en tal actuación jurídica formalizada contra el acto, se tenga que invocar expresamente, en favor de la pretensión anulatoria (y, en su caso, indemnizatoria), que la ley de aplicación es contraria al derecho de la Unión. Estamos hablando, pues, de someter a la jurisdicción contencioso-administrativa la tacha de la contrariedad de la ley con el ordenamiento supranacional, para que tenga la oportunidad de valorarlo en su más completa dimensión, con la inherente posibilidad de solicitar la ayuda del Tribunal de Luxemburgo al respecto, vía planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Dejamos al margen otro supuesto, como puede ser el de las leyes destinadas a regular las relaciones *inter privados*, del que recoge algunos supuestos C. Alonso García en C. Alonso García e I. Martín Delgado (2020), *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas de la Unión Europea, El caso de España*, Madrid: Iustel, págs. 61 y ss.

<sup>27</sup> Quizás convenga precisar que, si hubiera habido recurso administrativo previo y en este no se hubiera alegado la tan citada incompatibilidad normativa, tampoco habría problema en hacerlo por primera vez en vía jurisdiccional a tenor de lo previsto en el art. 56.1 LJCA. Aunque, si el particular perjudicado pretendiera *ab initio* la inaplicación de la ley nacional por la propia Administración competente para ejecutarla —interpretando (ampliamente) la primacía aplicativa del derecho de la Unión Europea, a partir de la construcción de la misma iniciada con la sentencia *Fratelli Costanzo*, de 22 de junio de 1989 (C-103/88, apdos. 28 a 33)—, el argumento tendría que aparecer, forzosamente, desde la vía del



Frente a la postura de la Comisión —para la que esta exigencia de invocación resulta un requisito desproporcionado—, al Tribunal de Justicia no le parecerá algo contrario al principio de efectividad, puesto que puede tener alguna consecuencia favorable ya que, aunque no diera por resultado la inaplicación de la norma nacional, sí que podrá activar el mecanismo de la interpretación conforme y, por lo tanto, tener utilidad para la aplicación efectiva del derecho de la Unión.

Ahora bien, la cuestión que inmediatamente se plantea es la del nivel de precisión o de acierto que deba exigirse a esta invocación de la contradicción de la ley española con el derecho de la Unión; esto es, si el motivo alegado por el recurrente que ve desestimada su pretensión debe coincidir, precisamente, con la *ratio decidendi* de la posterior sentencia luxemburguesa que declare el incumplimiento o de la que se deduzca el mismo. Dicho de otra manera, si para entender cumplido este requisito el Tribunal de Justicia debe coincidir, posteriormente, con lo que había alegado el particular o valdría con que, por cualquier otro motivo, se declarase la antinomia existente entre la ley y el ordenamiento europeo. La sentencia se inclinará por esta segunda opción, al considerar una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad, exigir al particular que entabla el recurso previo la coincidencia entre el motivo alegado en la jurisdicción nacional y el posteriormente reconocido en Luxemburgo. Así, dirá que «en esta fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia» (apdo. 144)<sup>28</sup>.

Adicionalmente, en favor de la interpretación más amplia de este requisito —dejamos apuntado aquí— militaría también el argumento del *iura novit curia*.

Lo que parece deducirse, en todo caso, es que lo que este requisito impone es que la antinomia entre la ley española y el ordenamiento supranacional haya sido expuesta y manifestada de modo tal que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa hayan tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la pretensión esgrimida con el fundamento de la citada incompatibilidad delante.

No hace falta insistir, por otro lado, en que este requisito, aun interpretado de la manera más benévola que acabamos de exponer, solo puede ser exigido en los casos de aplicación administrativa de la ley y no en los que hemos identificado

---

recurso administrativo previo para sustentar tal pretensión de inaplicación. En cualquier caso, sobre la inaplicación administrativa de la ley volveremos más adelante (V.2, final).

<sup>28</sup> Con mayor claridad aún, el abogado general en sus conclusiones opinará que el hecho de que no se haya identificado correctamente la disposición concreta del derecho de la Unión Europea infringido no puede impedir la indemnización del perjuicio, pues «no cabe reprochar a un particular, de manera que este pierda su derecho a que se le indemnice un perjuicio que ha sufrido, no haber identificado él mismo la disposición del derecho de la Unión infringido por el Estado, habida cuenta de que corresponde en primer lugar a este garantizar la conformidad de su Derecho con el derecho de la Unión y al juez nacional aplicar las disposiciones del derecho de la Unión» (apdo. 102).



como supuestos de leyes autoaplicativas y, mucho menos, en los de omisiones del legislador.

## 5. SOBRE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UN AÑO DESDE LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

El plazo de prescripción para la reclamación indemnizatoria no está establecido en la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, sino en la Ley del Procedimiento Administrativo Común, en su art. 67.1. A este respecto, la sentencia no se opone, en abstracto, al establecimiento por el ordenamiento estatal de un plazo de prescripción<sup>29</sup>; pero si, como hemos visto, en ningún caso se puede exigir la existencia de una sentencia previa declarativa del incumplimiento, el *dies a quo* de la prescripción no puede estar referido, indefectiblemente, a su publicación, porque va en contra del principio de efectividad.

En resumen, si existe tal sentencia, se podrá aplicar este plazo de prescripción de un año para la reclamación de la indemnización ante el Consejo de Ministros (que es el competente según el art. 92 LPAC). Pero la laguna que queda —supuesta la inexigibilidad de la sentencia previa de Luxemburgo al respecto— es qué plazo de prescripción se aplicará a los casos de incumplimiento del legislador por leyes autoaplicativas y, más complicado aún, por omisiones legislativas. No es sencillo adelantar una respuesta precisa, pero, por aproximación, podríamos decir que la prescripción entraría en juego a partir del momento en el que se manifieste para el particular la lesión en su patrimonio (con la cautela del posible daño continuado).

## 6. SOBRE LA LIMITACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO A LOS DAÑOS PRODUCIDOS DURANTE LOS CINCO AÑOS ANTERIORES A LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE INCUMPLIMIENTO

Esta restricción indemnizatoria, impugnada por la Comisión, figura en el art. 34.1, párrafo segundo LRJSP y, para su enjuiciamiento, la sentencia señala

---

<sup>29</sup> Pues ya en su Sentencia *Palmisani*, de 10 de julio de 1997, C-261/95, señalaría que «el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro imponga, para la interposición de todo recurso dirigido a la reparación del daño ocasionado por la adaptación tardía del Derecho interno a la Directiva, un plazo de caducidad de un año, a partir de la adaptación de su ordenamiento jurídico interno» (apdo. 39). Incidentalmente, y a modo comparativo, podemos señalar que el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones contra la Unión en materia de responsabilidad extracontractual es de cinco años (art. 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); a este respecto, pueden verse las consideraciones recogidas en la Sentencia *Inalca c. Comisión*, de 28 de febrero de 2013, C-460/09P, apdos. 44 y ss.

que, a falta de disposiciones en el derecho de la Unión, corresponde a los ordenamientos internos determinar la cuantía de la reparación y las reglas para la evaluación del daño; pero todo ello, nuevamente, respetando el principio de efectividad. A tal fin, recuerda su consolidada doctrina al respecto, consistente en que la reparación debe de ser *adecuada* al perjuicio padecido, en el sentido de permitir una *compensación íntegra* (apdo. 164).

Para el Tribunal de Justicia, la previsión legal española no es compatible con el criterio que se acaba de señalar, teniendo en cuenta la duración de la sentencia europea que para todos los casos (inadecuadamente) se exige, a lo que hay que añadir el previo recurso (fallido) intentado contra el acto de aplicación. Todo ello hace que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización como la que exige el derecho de la Unión Europea, con lo que también entra en contradicción con el principio de efectividad.

Desde otra perspectiva, quizás merezca destacarse que esto pone de manifiesto la dificultad que viene presentando la neta diferenciación entre requisitos procesales y requisitos materiales o de fondo<sup>30</sup>. Aquí, por ejemplo, se ha enjuiciado esta limitación de la cuantía indemnizatoria, que podría parecer un requisito material, como un obstáculo procesal<sup>31</sup>.

Esta buena salud del principio de efectividad bien permite una breve mención en el siguiente apartado.

## 7. LA POTENCIALIDAD DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

A la vista está que el Tribunal de Justicia ha efectuado una aplicación muy intensa y extensa del principio de efectividad. Y no es la primera vez que sucede. Ciertamente, en este caso no ha explicitado su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garantizado por el art. 47 CDFUE<sup>32</sup> —y, por eso, ha de de ser sumamente contenida cualquier conclusión al respecto que hagamos aquí—, pero sí que podemos dejar planteada una reflexión, siquiera muy incipiente y general, sobre el posible potencial expansivo de este principio, puesto

<sup>30</sup> Algo en lo que ha insistido, recientemente, S. Iglesias Sánchez (2022), *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión europea: ¿clave de bóveda de un «sistema completo de vías de recurso»?* Cizur Menor, Aranzadi: espec. págs. 116 y ss.

<sup>31</sup> Aunque no es la primera vez que lo hace, como ha sido el caso de la Sentencia *Euromin Holdings*, de 10 de diciembre de 2020, C-735/19, apdo. 98.

<sup>32</sup> Si bien en el caso de la sentencia mencionada en la nota anterior, se afirma que «en cuanto al principio de efectividad, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la reparación de los daños causados a los particulares por violaciones del derecho de la Unión debe ser adecuada a la reparación del perjuicio sufrido, de forma que permita *garantizar una tutela efectiva de sus derechos*» (s. *Euromin Holdings*, cit. apdo. 97, las cursivas están añadidas).

en relación con el mencionado derecho fundamental<sup>33</sup>. Alguna interpretación jurisprudencial así parecería avalarlo<sup>34</sup>.

Pero será el Tribunal de Justicia quien decidirá en el futuro si las cosas discurren por ahí.

#### IV. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA NO SUPONE UN ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

##### 1. LA PREVISIBLE COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LEY INCONSTITUCIONAL, PROPUGNADA TAMBIÉN POR LA COMISIÓN

El conocido principio del derecho de la Unión Europea, consistente en que el régimen de las reclamaciones establecido por los Estados no imponga unas condiciones menos favorables para las reclamaciones basadas en el ordenamiento

<sup>33</sup> Lo que ya está apuntado en E. Cobreros Mendazona (2015a, págs. 181-183).

<sup>34</sup> Antes de Lisboa, el Tribunal de Justicia ya había afirmado en numerosas ocasiones que, cuando no existe normativa europea al respecto y, por lo tanto, las acciones hayan de articularse conforme al ordenamiento estatal, además del respeto a los principios de equivalencia y efectividad, el derecho de la Unión exige que el cauce estatal no vulnere el derecho a una tutela judicial efectiva. Esto lo podemos constatar al menos desde la Sentencia *Johnston*, de 15 de mayo de 1986, 224/84, apdo. 17. Con posterioridad, en la Sentencia *DEB*, 22 de diciembre de 2010, C-279/09, se le planteó al Tribunal de Luxemburgo si no atentaría contra el principio de efectividad —en un caso de ejercicio de una pretensión indemnizatoria de una empresa alemana contra el Estado (por adaptación tardía del Derecho interno a una determinada directiva), precisamente— una normativa nacional según la cual el ejercicio de la acción queda supeditado al pago por adelantado de las costas procesales y, además, no permite el beneficio de la asistencia jurídica gratuita a una persona jurídica, aunque no pueda satisfacer tal pago anticipado; pues bien, lo que ahora más interesa es que esta s. *DEB* reconduce decididamente la cuestión prejudicial para centrarla, no en el principio de efectividad (tal y como le había sido planteado por el *Kammergericht*), sino en el de la tutela judicial efectiva, garantizado por el art. 47 CDFUE. De tal manera que aquel acabará desapareciendo de la interpretación que realiza finalmente.

Por último, más recientemente, la Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*, de 17 de julio de 2014, C-169/14, se ha convertido en un referente al relacionarlos explícitamente, ya que afirmará que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas «*implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar [...]*. Esta tutela judicial ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas» (apdo. 35, las cursivas están añadidas).

européo, comparadas con las similares basadas en el ordenamiento interno, es una clásica cautela que siempre ha acompañado a la construcción jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de los Estados por su incumplimiento del derecho de la Unión<sup>35</sup>.

En el tema que nos ocupa, la procedencia de la comparación con el sistema establecido para la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales resultaba bastante evidente, teniendo en cuenta, por un lado, que la regulación de 2015 había recogido ambos tipos de responsabilidad patrimonial, para idéntico sujeto, conjuntamente en el mismo *locus* y con algunas características comunes; y, por otro lado, que ya para entonces estaba plenamente asumida la *doctrina Transportes Urbanos*<sup>36</sup>, en la que aplicó precisamente el principio de equivalencia como *ratio decidendi* para interpretar que el tratamiento diferenciado de los requisitos procesales que venía haciendo hasta entonces el Tribunal Supremo para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por causa de inconstitucionalidad (más favorables) y por causa de incumplimiento del derecho de la Unión Europea (más restrictivos) constituía una diferenciación inadmisibles para el ordenamiento europeo. Estas dos razones parecían abonar la procedencia de considerar similares ambos regímenes indemnizatorios, a efectos de aplicar, después, el principio de equivalencia. Aunque no podemos dejar de mencionar la posición contraria de la Sala Tercera del Tribunal Supremo<sup>37</sup>.

Asimismo, era muy mayoritaria la opinión que interpretaba que el sistema establecido por el legislador español para la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea, al incluir algunos requisitos sustanciales que no tenían sus homólogos en el sistema establecido para la responsabilidad del legislador por inconstitucionalidad —destacadamente, que la norma del derecho de la Unión conculcada tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que el incumplimiento del derecho de la Unión esté suficientemente caracterizado [requisitos ambos establecidos en el art. 32.5, a) y b) LRJSP, respectivamente]—, infringía directamente el principio de equivalencia. Aunque hay que reconocer que, aquí también, se manifestaron algunas voces discordantes que interpretaban que el sistema de la responsabilidad patrimonial por ley contraria al derecho de la

<sup>35</sup> Así ya, para el caso, de la responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho de la Unión (entonces, comunitario), por parte del legislador nacional, desde la s. *Francochich y Bonifaci*, cit., apdo. 43, o en la s. *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., apdo. 67.

<sup>36</sup> Establecida en la sentencia citada en la nota 10.

<sup>37</sup> En efecto, aunque antes de la intervención del legislador en 2015, la Sala Tercera del Tribunal Supremo lo interpretó de otra manera. Para una visión ordenada y contextualizada de la jurisprudencia que se enfrenta con el principio de equivalencia a la hora, concretamente, de la aplicación del requisito de la violación suficientemente caracterizada solo para las reclamaciones basadas en el ordenamiento de la Unión (que ha sido uno de los aspectos más discutidos) puede verse E. Cobrerros Mendazona (2018), «El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea», *AFDUAM*, 22, págs. 421-476 (especialmente págs. 447 y ss.).

Unión era más favorable que el de la responsabilidad por ley inconstitucional, como era el caso del Consejo de Estado<sup>38</sup> y de dos aportaciones doctrinales<sup>39</sup>.

Hubo, asimismo, una interpretación menos favorable a la entrada en escena del principio de equivalencia, pero que, por otra vía, llegaba a un resultado similar; esto es, que tras comparar los regímenes de responsabilidad del Estado legislador por ley inconstitucional y por ley contraria al derecho de la Unión, propugnaba la necesidad de reconocer que aquel era más favorable que este y que, por tanto, debería excluirse la exigencia del requisito más llamativamente diferenciador (y, casi desde el comienzo, discutido), como es el de la violación suficientemente caracterizada de la norma del derecho de la Unión<sup>40</sup>. Esta postura doctrinal se fundaba en que, si analizamos el origen y la funcionalidad del principio de equivalencia en el derecho de la Unión Europea, vemos que siempre ha venido referido, por parte del Tribunal de Justicia, a las vías o cauces estatales «internos» — mayoritariamente judiciales, pero también administrativos— de aplicación o de ejecución de aquel Derecho<sup>41</sup>. En el tema que nos ocupa, este principio también tiene su aplicación, y de manera indubitada, para los aspectos formales o procedimentales del ejercicio de la acción indemnizatoria. Baste recordar que el principio de equivalencia resultó decisivo para modificar la interpretación que venía haciendo nuestro Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos procedimentales exigidos para poder reclamar una indemnización al Estado por la aplicación de una Ley que, después, se había desvelado como contraria al derecho de la Unión Europea<sup>42</sup>. Pero conviene insistir en que, sin perjuicio de las dificultades que en algunos casos pudiera tener una nítida distinción entre requisitos formales o pro-

<sup>38</sup> Cuya postura aparece recogida con detalle en E. Cobrerros Mendazona (2018, págs. 444 y ss.).

<sup>39</sup> La de A. González Alonso (2016), «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», *REDC*, 106, págs. 381-429; y la de M. A. Ruiz López (2016), «Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», en J. M. Baño León (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid: CEPC, vol. III, págs. 2783-2805.

<sup>40</sup> Interpretación mantenida por E. Cobrerros Mendazona (2018, págs. 442-444).

<sup>41</sup> Hace ya más de cuatro décadas que el Tribunal de Justicia formuló las exigencias de este principio de equivalencia, refiriéndolas expresamente a las *normas procesales* a través de las cuales se debieran hacer efectivos los derechos generados, en el caso, por el efecto directo del ordenamiento supranacional (en la Sentencia *Rewe*, de 16 de diciembre de 1976, 33/76, apdo. 5). Y así lo viene manteniendo hasta nuestros días, como podemos comprobarlo en la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, de 7 de julio de 2022, C-261/21, en la que se dice que «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, *configurar la regulación procesal de dichas vías de recurso*, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia)» (apdo. 44, las cursivas están añadidas).

<sup>42</sup> Se trata de la tantas veces citada s. *Transportes Urbanos*.

cesales, por un lado, y requisitos materiales o sustanciales, por otro, el campo de juego de la equivalencia no es, en principio, el de estos últimos.

Ahora bien, no se puede ignorar que, en la construcción del principio de la responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha venido diciendo algo más que quizás podría justificar mejor la tesis de la exclusión de determinados requisitos sustanciales que no se exigen en la «otra» regulación de la responsabilidad del Estado legislador. Así, parecerían decisivas, a estos efectos, las referencias explícitas a que, si *los requisitos materiales o de fondo* de los ordenamientos estatales de aplicación son menos restrictivos, habrían de aplicarse estos y no el estándar establecido por el derecho de la Unión. No solo, por tanto, habría que respetar la equivalencia en el tratamiento procesal de las acciones de indemnización, sino que, *además*, la regulación de fondo podría tener que ser la estatal, si se tratase de una regulación más beneficiosa<sup>43</sup>. Por esta vía interpretativa, basada en lo reiteradamente dicho por el Tribunal de Justicia, podía llegarse a la misma solución excluyente de los dos requisitos adicionales para la responsabilidad patrimonial por leyes incompatibles con el derecho de la Unión, con respecto al caso de las leyes inconstitucionales.

La utilización de expresiones idénticas o muy similares a las definitorias del contenido del principio de equivalencia y la ubicación sistemática de estas advertencias (formuladas junto a la remisión a los cauces internos) han podido propiciar su identificación con el principio de equivalencia<sup>44</sup>. Pero, se insiste, parecería más correcto considerarlo un plus específico sobre aquel.

<sup>43</sup> Así parecía establecerlo el Tribunal de Luxemburgo en sus tres emblemáticas sentencias sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la Unión:

a) En la s. *Francoovich y Bonifaci*, cit., podemos leer: «Debe señalarse, además, que *las condiciones de fondo* y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna» (apdo. 43, las cursivas están añadidas).

b) También en la s. *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., se dice: «Los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, *sin excluir, no obstante que, con arreglo al derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*» (apdo. 66, las cursivas están añadidas).

c) Asimismo, en la s. *Köbler*, cit., se reitera de idéntica manera: «Los tres requisitos [...] son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, *sin excluir, no obstante que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*» (apdo. 57, la cursiva está añadida). Con posterioridad, en otras muchas sentencias se ha ratificado en esta misma idea, como es, recientemente, el caso de la Sentencia *Koleje Mazowieckie*, de 8 de julio de 2021, C-120/20, apdo. 62.

<sup>44</sup> Incluso la abogada general Testenjak, en sus conclusiones presentadas el 4 de septiembre de 2008, as. *Danske Slagterier*, C-445/06, apdo. 90, lo formulaba todo junto: «Por principio

A la vista de todo lo anterior, podemos decir que, entre nosotros, había un consenso mayoritario —aunque no unánime, se insiste— en interpretar que: a) las dos regulaciones de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador eran equiparables; b) en cuanto a los requisitos de fondo, salía peor parada la establecida expresamente para el caso de las leyes contrarias al derecho de la Unión; y c) a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, esa no era *prima facie* una situación admisible.

Por su parte, la Comisión en su demanda alegaba también la aplicabilidad del principio de equivalencia no solo para enjuiciar los requisitos procesales que regulan las acciones indemnizatorias contra el Estado, sino también los requisitos sustantivos aplicables a tales acciones (apdo. 172). Y, más concretamente, estimaba que había dos que no lo respetaban: el requisito de que la norma europea infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares y el requisito de que la infracción del derecho de la Unión por la ley estatal esté suficientemente caracterizada; exigencias ambas, como sabemos, recogidas en el art. 32.5, apartados a) y b) LRJSP y que contrastan con la inexistencia de restricciones semejantes para la responsabilidad por ley inconstitucional<sup>45</sup>. Esto se considera por la Comi-

---

de equivalencia se entiende, por una parte, que *las condiciones, de fondo y de forma*, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna» (apdo. 90, las cursivas están añadidas).

<sup>45</sup> Puesto que en el art 32.4 LRJSP no hay nada parecido a una exigencia de que el precepto constitucional conculcado tuviera por objeto conferir derechos a los particulares o de que la indemnización estuviese acotada a los supuestos de inconstitucionalidad suficientemente caracterizada. Aspectos diferenciadores ambos —conviene recordarlo— de los que la Sala Tercera ha sido siempre plenamente consciente en su praxis aplicativa:

A) Así, por lo que al primero se refiere, ha otorgado indemnizaciones por un precepto legal indebidamente incluido en la Ley General de Presupuestos del Estado (la STC 234/1999, de 16 de diciembre, declaró su inconstitucionalidad y varias SSTS de 17 de julio de 2003, rec. 115/2002 y ss. concedieron las indemnizaciones) o por una regulación contenida en un Decreto Ley cuando no se reunía el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad (inconstitucionalidad declarada en la STC 68/2007, de 28 de marzo, y las SSTS de 2 de junio de 2010, rec. 588/2008 y ss. otorgaron las indemnizaciones). Casos en los que no es fácil justificar que el art. 134 CE o el art. 86.1 CE sean preceptos constitucionales destinados a conferir derechos a los particulares.

B) Y por lo que se refiere al requisito de la violación suficientemente caracterizada, haciendo expresamente la comparación, la Sala Tercera ya ha señalado que «en el régimen que se ha establecido en nuestro Derecho para las reclamaciones indemnizatoria fundadas en normas declaradas contrarias a la Constitución, *no se exige grado alguno en cuanto a la infracción constitucional*, basta con que exista para que proceda declarar la responsabilidad; es suficiente la mera declaración de inconstitucionalidad de una norma a la que se imputa el daño, que debe acreditarse, para acceder a la pretensión indemnizatoria, conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo» (SSTS de 3 y 5 de octubre de 2017, rec. 427/2015 y 438/2015, respectivamente, las cursivas están añadidas). Curiosamente,



sión aún más inadmisibles tras la s. *Transportes Urbanos*, a tenor de la cual ambos tipos de acciones indemnizatorias ya había quedado claro para el Tribunal de Justicia que son similares a efectos de la aplicación del principio de equivalencia.

Con todo, en el apartado siguiente veremos que la sentencia en absoluto comparte estos planteamientos, pues niega *a radice*, por la vía de la equivalencia o por la de la remisión a los requisitos internos más favorables, la posibilidad de dejar sin efecto la regulación estatal específica sobre la responsabilidad patrimonial del legislador por ley contraria al derecho de la Unión y aplicar la establecida para el supuesto de la ley inconstitucional.

## 2. LA DESESTIMACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA Y LA NEGATIVA A LLEGAR A UN RESULTADO SIMILAR

Acabamos de recoger la postura de la Comisión en su recurso. En defensa de la legislación cuestionada, la representación española rechaza frontalmente su cuestionamiento, argumentando que no pueden considerarse dos acciones similares la basada en la inconstitucionalidad y la basada en la incompatibilidad con el derecho de la Unión. Pero no se queda ahí, sino que, un tanto sorprendentemente, refuerza su rechazo argumentando que, incluso aunque lo fueran, los requisitos añadidos para el caso del incumplimiento del derecho de la Unión Europea —que son los establecidos por la jurisprudencia de Luxemburgo, conviene insistir— son «inherentes al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en España, *también cuando se trata de la responsabilidad derivada de una norma con rango de ley declarada inconstitucional*»<sup>46</sup>. En cualquier caso, no procede que nos detengamos más en este (falaz) argumento porque tampoco tendrá peso específico en la resolución del recurso.

Si entramos a analizar lo dicho en la sentencia lo primero que vemos es que el Tribunal de Justicia, frente a lo demandado por la Comisión, se inclina por sentar que la aplicación del principio de equivalencia tiene por objeto establecer un marco para la autonomía *procesal* de la que disponen los Estados miembros cuando aplican

---

y dicho sea a título puramente anecdótico, en el voto particular formulado a la STC 154/2016, de 22 de septiembre, en la que el Pleno resuelve un recurso de amparo, cuatro magistrados afirman que «se ha sometido a nuestro enjuiciamiento una *violación suficientemente caracterizada en términos constitucionales* del derecho a la libertad personal» (las cursivas están añadidas).

<sup>46</sup> Apdo. 175, las cursivas están añadidas. Y no se trata de ninguna errata, pues el abogado general así lo recoge también en el apdo. 112 de sus conclusiones. Tampoco pasa desapercibida la similitud léxica (o la copia, si se prefiere) con el argumento básico de la construcción del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados, para el que, a falta de un reconocimiento expreso en los Tratados, el Tribunal de Justicia dedujo, desde el primer momento —como ya sabemos—, que era un principio «inherente al sistema del Tratado» (s. *Franovich y Bonifaci*, cit., apdo. 34; s. *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., apdo. 31 y sigue repitiendo hasta la fecha, como lo hace en la s. *Hoffmann-La Roche*, cit., apdo. 59).



el derecho de la Unión y este no establece nada en la materia. Y, a continuación, formula una afirmación capital: que el principio de equivalencia solo se aplica cuando la responsabilidad se contrae *ex iure europeo* y, por tanto, una vez cumplidos los tres conocidos requisitos establecidos por la jurisprudencia luxemburguesa [además de i) la relación de causalidad, ii) que la norma europea conculcada tenga por objeto conferir derechos a los particulares y iii) que la violación sea suficientemente caracterizada], que son los establecidos expresamente en el art. 32.5 LRJSP. Y esto significa que «no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho a indemnización conforme a requisitos más favorables que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»<sup>47</sup>.

Para interpretar correctamente esta afirmación tampoco ayuda mucho la reflexión (coincidente) al respecto del abogado general, para quien los tres mencionados requisitos entran en juego en una fase o momento anterior a la problemática de los principios de efectividad y equivalencia. Es el derecho nacional el que regula las modalidades procesales y sustantivas de ejecución del derecho a indemnización, pero la propia existencia de este derecho nacional se rige exclusivamente por el derecho de la Unión, pues de lo contrario peligraría la aplicación uniforme del derecho de la Unión<sup>48</sup>. Se trata de una afirmación inobjetable, cual es la de que el derecho nacional de actuación del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado debe su existencia al ordenamiento europeo y no puede no existir, ni por acción ni por omisión estatales. Lo que ya no se ve tan claro es qué papel puede jugar el principio de equivalencia. La afirmación recién recogida, en el sentido de que ningún Estado puede estar obligado a permitir que nazca un derecho a indemnización conforme a requisitos más favorables que los mínimos establecidos por la jurisprudencia de Luxemburgo<sup>49</sup>, no parece dejar margen alguno a la operatividad de este principio de equivalencia. De hecho, la propia sentencia dirá con rotundidad —ahora ya con aplicación al caso— que, aun suponiendo que los requisitos para exigir la responsabilidad del Estado legislador por la infracción del derecho de la Unión sean menos favorables que los requisitos establecidos por la infracción de la Constitución, «el principio de equivalencia no está destinado a aplicarse en ese supuesto» (apdo. 181). Ciertamente, no resulta fácil encontrar acomodo para el principio de equivalencia después de leer estas afirmaciones.

Pero el hilo argumental de la sentencia remacha aun más el clavo de la imposible comparación de las dos regulaciones con tres afirmaciones adicionales. La primera es que, cuando el Tribunal de Justicia ha afirmado que podría exigirse la

<sup>47</sup> Apdo. 179, que es idéntico a lo propuesto por el abogado general en el apdo. 122 de sus conclusiones. Formulación que resulta un tanto alambicada, pues, en términos deónticos, se trata de la prohibición de una obligación de permisión.

<sup>48</sup> Apdo. 121 de sus conclusiones.

<sup>49</sup> Adviértase, además, que en todo este razonamiento el Tribunal de Justicia en absoluto se está refiriendo al supuesto específico de la responsabilidad del legislador, sino que lo hace con carácter general.

responsabilidad estatal en virtud de requisitos menos restrictivos que los establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal responsabilidad mayor o más amplia no traerá causa del derecho de la Unión sino de la regulación del derecho nacional.

En segundo lugar, se reitera algo que ya está muy consolidado en el acervo jurisprudencial, como es que el principio de equivalencia no requiere la aplicación del régimen más favorable de todos los recursos o, dicho con nuestras palabras, que el principio de equivalencia no implica el óptimo procedimental. Afirmación a la que no se ve aplicación específica al caso y que sea coherente con la contundente exclusión del principio de equivalencia que se acaba de hacer, como no sea un ejercicio de pretendida complitud argumental y a mayor abundamiento.

Finaliza el despliegue argumental de la sentencia reconociendo que es jurisprudencia asentada que tanto los requisitos de forma como los de fondo establecidos por las legislaciones nacionales no pueden ser menos favorables que los de las reclamaciones semejantes de carácter interno —y que ya hemos mencionado en el apartado anterior, como fundamento de una determinada postura doctrinal—, para concluir que esta precisión se refiere siempre a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia indemnizatoria una vez que el derecho al resarcimiento ya hubiera nacido sobre la base del derecho de la Unión. Lo que parece que habrá de interpretarse en el sentido de que, cuando libérrimamente un Estado establece su responsabilidad de una manera más amplia que la establecida para todos por el ordenamiento europeo, en este caso habrá de entenderse que se está aplicando únicamente el derecho nacional y, al no contradecir, sino superar voluntariamente los mínimos supranacionales, podrá hacerlo porque así lo desea, pero en ningún caso de manera impuesta desde fuera de su ordenamiento<sup>50</sup>.

Para que no quepa duda alguna, la sentencia concluye el análisis desestimatorio de este segundo motivo argumentado por la Comisión afirmando que se basaba en una interpretación errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (apdo. 185).

### 3. ¿PRIMA LA UNIDAD DE MÍNIMOS FRENTE A LA EQUIVALENCIA?

A diferencia de la potente aplicación del principio de efectividad, vemos que el principio de equivalencia no ha encontrado hueco alguno aquí y que incluso las múltiples referencias a la posible equiparación de las condiciones materiales o sustantivas de la responsabilidad patrimonial del Estado han sido producto de una equivocada interpretación de lo dicho por el Tribunal de Justicia. Parece con ello que en esta sentencia se ha optado por una garantía de mínimos frente a regula-

---

<sup>50</sup> Aplicado a nuestro caso, sería tanto como decir que nada impide al legislador español establecer un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por su incumplimiento del derecho de la Unión más amplio o generoso que el establecido para la responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento de la Constitución. Lo que sería una opción válida, pero puramente interna y de la que el derecho de la Unión queda al margen.

ciones estatales similares pero de mejor condición, que —se insiste— no deben ser tenidas en cuenta.

Siempre hay que ser muy prudentes a la hora de extraer conclusiones pretendidamente generales de una sola sentencia, pero —advertido esto— parece como si el Tribunal de Luxemburgo hubiera preferido garantizar la primacía, la efectividad y, sobre todo, la unidad del derecho de la Unión en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del Estado, por encima de cualquier otra consideración; cosa que no es la primera vez que hace, aunque haya sido en otro ámbito, ciertamente, como es el de la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## V. EL IMPACTO DE ESTA SENTENCIA EN NUESTRO SISTEMA

### 1. A QUÉ AFECTA LA SENTENCIA

Aun a riesgo de alguna reiteración, pero para mayor claridad, conviene recoger en primer lugar lo que tras esta sentencia ha quedado fuera del marco establecido por el derecho de la Unión por la aplicación del principio de efectividad.

A) La exigencia de una sentencia previa del Tribunal de Justicia que declare o de la que se deduzca la incompatibilidad de la ley ya no se puede mantener para instar y obtener una reparación por los daños producidos por una ley que conculca el ordenamiento de la Unión. Ahora bien, si el particular afectado hubiera recurrido la actuación administrativa aplicadora de la ley contraria al derecho de la Unión y no hubiera obtenido la estimación de sus pretensiones en la vía contencioso-administrativa ordinaria, sí que será imprescindible que se produzca, posteriormente, una sentencia del Tribunal de Justicia clarificadora de dicho incumplimiento, para poder «reabrir» las posibilidades indemnizatorias por la vía «adicional» (en la terminología de la defensa española en Luxemburgo) del art. 32.5 LRJSP. Si no, parece que el Consejo de Ministros, que es ante quien se inicia esta segunda vía, no podría siquiera conocer de una pretensión indemnizatoria por existir cosa juzgada al respecto.

No obstante, también debemos considerar una situación más compleja, pero no descartable, como es el caso de que la sentencia posterior, que asume y declara la incompatibilidad con el derecho de la Unión, provenga de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo. Sobre esta posibilidad volveremos un poco más adelante, pero parece que sería perfectamente encajable como supuesto de aplicación del art. 32.5 LRJSP.

B) La exigencia de una reacción jurídica tempestiva frente a la actuación administrativa de aplicación de la ley que se considera contraria al derecho de la Unión sabemos que ha sido salvada por el Tribunal de Justicia, pero conviene explicitar dos precisiones al respecto.

La primera es que no se puede exigir en los casos de leyes autoaplicativas y de omisiones legislativas, no siendo necesario, «retorcer» el sistema en busca de una respuesta (expresa o presunta) denegatoria. En estos supuestos podrá pasarse directamente a la vía del art. 32.5 LRJSP. Pero surge la duda de cuándo comienza a computarse el plazo para la prescripción de la acción indemnizatoria. Hasta que no se establezca legislativamente tal circunstancia, podría mantenerse el plazo del año —que tan clásico y asentado está entre nosotros para este tipo de acción indemnizatoria— a computar desde el momento en el que resulte indubitada la producción del daño en el particular.

La segunda es que al requisito adicional que acompaña a este recurso previo, consistente en la alegación de que la ley aplicada es contraria al ordenamiento europeo, no se le puede exigir que «acierte» con el motivo del tal antinomia normativa, sino que, más flexiblemente, basta con una argumentación o puesta de manifiesto de tal motivo de incompatibilidad para que así sea considerado por la jurisdicción contencioso-administrativa; dándole a esta, entonces, la oportunidad de valorarla y actuar en consecuencia (inaplicando por primacía, interpretando de conformidad o anulando el acto y, en su caso, otorgando la indemnización).

C) En cualquier caso, lo que resulta inaplicable es la limitación del *quantum debeatur* a los daños producidos durante los últimos cinco años y, por lo tanto, habrá de entenderse que comprende todos los producidos como consecuencia directa de la ley contraria al derecho de la Unión, hasta tanto haya una precisión, acorde con las exigencias supranacionales ya vistas y relativas a la *adecuación* de la indemnización, en el sentido de reparación *íntegra*.

D) Como se advierte de todo esto, la sentencia no ha puesto en cuestión el sistema entero. Pero sí que obliga, primero, a una intervención del legislador, que debería aprovecharse, para mejorar técnicamente el sistema de la responsabilidad patrimonial del legislador (y de algún otro poder del Estado); y, segundo, a plantearse la gestión del «mientras tanto», esto es, a cómo tratar las solicitudes de indemnización que se planteen por esta causa hasta que tengamos una reforma legislativa adecuada. En el siguiente apartado intentaremos aportar algo al respecto.

## 2. EL OBLIGADO CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA Y SUS CONSECUENCIAS

Como es de sobra sabido, las sentencias estimatorias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en recursos por incumplimiento son declarativas y obligatorias para el Estado afectado. Esto es, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de dichas sentencias (como dice expresamente el art. 260.1 TFUE) y deben hacerlo de manera inmediata, de forma eficaz y en el plazo más breve posible<sup>51</sup>. Pero el Tribunal de Justicia no puede decirles

<sup>51</sup> Así lo proclama el propio Tribunal de Justicia desde hace muchos años, como puede verse ya en la Sentencia *Comisión c. Italia*, de 5 de noviembre de 1986, 160/85, apdo. 9.

cómo tienen que hacerlo y, ni mucho menos, la sentencia anula los actos, las normas y las sentencias estatales declaradas contrarias al ordenamiento de la Unión. En el caso que ahora nos ocupa, la sentencia no ha expulsado del ordenamiento español las normas afectadas, indudablemente.

A este respecto, siendo el *Estado* el obligado a ejecutar esta sentencia declarativa, ello implica, por un lado, que el *legislador* debe proceder a modificar (o derogar) expresamente tales disposiciones para que resulten acordes con el ordenamiento europeo; y, por otro lado, que los *órganos jurisdiccionales* deben inaplicar las disposiciones legales declaradas contrarias al derecho europeo<sup>52</sup>. Conviene insistir en que no basta con pensar que, porque ha habido una sentencia declarativa del incumplimiento y, en consecuencia, los jueces (actuando como jueces de la Unión Europea) tienen la facultad y la obligación de dar primacía al derecho de la Unión frente al derecho estatal, el Estado ya puede entender satisfecha su obligación de cumplimiento. Antes bien, subsiste la obligación de un *contrarius actus* expreso del legislador para eliminar las disposiciones de la LRJSP y de la LPAC declaradas incompatibles y, con ello, disipar cualquier duda interpretativa, garantizando la seguridad jurídica y asegurando la primacía y la eficacia del derecho supranacional<sup>53</sup>.

Aun así, también tenemos que plantearnos cómo actuar hasta tanto se produzca tal modificación legislativa requerida por el derecho de la Unión. Ya hemos mencionado la entrada en juego del principio de primacía, que obliga a los jueces a inaplicar las normas afectadas por la declaración de incumplimiento. Y eso —se insiste— sin esperar a su modificación y sin plantear cuestión prejudicial alguna al Tribunal de Justicia (y, menos aún, al Tribunal Constitucional), como está ya firmemente establecido en el acervo europeo.

Pero, antes de inaplicar las leyes estatales en virtud del principio de primacía, se debe intentar el mecanismo de la interpretación conforme<sup>54</sup>, que también puede permitir una salida sin «desairar» ni al derecho de la Unión ni al derecho estatal; aunque teniendo siempre bien presentes sus limitaciones (destacadamente, el *contra legem*).

A este respecto ya tenemos algunos valiosos esfuerzos hermenéuticos realizados por la Sala Tercera en este mismo ámbito de la responsabilidad patrimonial del legislador, tanto para el caso de leyes inconstitucionales como para el de leyes

<sup>52</sup> En formulación de hace ya cuatro décadas (como se ve en la Sentencia *Waterkeyn*, de 14 de diciembre de 1982, 314/81, 315/81 y 316/81 y 83/82, apdo. 14) y que continúa vigente (como lo demuestra la Sentencia *Grossmania*, de 10 de marzo de 2022, C-177/20, apdo. 36).

<sup>53</sup> Así «las autoridades del Estado miembro de que se trate que participan en el ejercicio del poder legislativo tienen la obligación de modificar las disposiciones nacionales que hayan sido objeto de una sentencia por incumplimiento de manera que sean conformes a las exigencias del derecho de la Unión» (s. *Grossmania*, cit., apdo. 36).

<sup>54</sup> Recuérdese que el Tribunal de Justicia ha salvado el requisito de la alegación de la infracción del derecho de la Unión en el recurso previo con el argumento de que podía suponer activar el principio de interpretación conforme por parte del juez estatal (*supra* III.4).

incompatibles con el derecho de la Unión (que, como sabemos, comparten algunos requisitos). Así, podemos mencionar los siguientes ejemplos:

a) Una interpretación más flexible sobre la reacción jurídica exigible contra la actuación administrativa dañosa en aplicación de la ley incorrecta<sup>55</sup>.

b) Otra interpretación también más flexible en lo relativo a la invocación de (en el caso) la inconstitucionalidad de la ley<sup>56</sup>.

c) La inexigibilidad del requisito de la impugnación previa de la (inexistente) actuación administrativa en el caso de la ley autoaplicativa<sup>57</sup>.

d) De igual manera, resulta inexigible este requisito en el caso de una omisión legislativa directamente causante de una lesión de un derecho otorgado por el ordenamiento de la Unión<sup>58</sup>.

e) Con respecto a la sentencia previa que declare el incumplimiento, en el caso de que, a falta de la misma en Luxemburgo, pero habiendo sido la propia Sala Tercera la que había considerado una ley contraria al derecho de la Unión y, en consecuencia, la había inaplicado (actuando, por tanto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo como juez de la Unión), esta última sentencia le resultará suficiente para decidir sobre el otorgamiento de la indemnización solicitada<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Puede verse (entre otras muchas), en relación con la ley inconstitucional, la STS de 21 de octubre de 2020, rec. 6717/2019, donde podemos leer que, cuando el art. 32.4 LRJSP «se refiere a sentencia firme en cualquier instancia desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa, ha de entenderse que comprende todas aquellas formas de impugnación de dicha actuación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con la misma cuestionando su constitucionalidad y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional».

<sup>56</sup> En la STS de 27 de julio de 2022, rec. 3304/2019, donde se refiere al marco normativo invocado en el proceso de impugnación, para sostener las mismas pretensiones de anulación (de una liquidación tributaria), «aunque fuera con argumentos jurídicos no exactamente coincidentes con los que sustentan la declaración de inconstitucionalidad».

<sup>57</sup> Como podemos ver en la STS de 27 de octubre de 2020, rec. 454/2018, para un supuesto de ley inconstitucional, pero existiendo identidad de razón con el caso de la ley contraria al derecho de la Unión, donde se afirma que «cuando el daño sea imputable a una norma con rango de ley autoaplicativa, es de imposible cumplimiento la exigencia de su previa impugnación y obtención de sentencia desestimatoria, en cuyo proceso debiera invocarse previamente la inconstitucionalidad», como requiere el art. 32.4 LRJSP.

<sup>58</sup> Como se hace, por ejemplo, en la STS de 12 de abril de 2021, rec. 495/2019, sobre la inexigibilidad del mencionado requisito en un caso, como era el de autos, de omisión legislativa dañosa.

<sup>59</sup> Si bien se refiere a un caso al que *ratione temporis* no se le aplicaban las previsiones de la LRJSP y de la LPAC —y en el que, finalmente, no se otorgará la indemnización solicitada por considerar que no se reunía el requisito de la violación suficientemente caracterizada—, así podemos verlo, por ejemplo, en la STS de 2 de febrero de 2015, rec. 46/2013, en la

f) En fin, también ha interpretado más flexiblemente la limitación indemnizatoria de los cinco años<sup>60</sup>.

Como se ve, los esfuerzos interpretativos «de conformidad» pueden ayudar mucho a la coherencia del sistema y a su mejor adecuación a las exigencias del derecho de la Unión. Y la Sala Tercera —lo acabamos de ver— no ha sido, en absoluto, insensible a ello.

Ahora bien, tampoco debemos detener aquí nuestro análisis de la situación, pues otra cuestión a plantear es la siguiente: si se produce a partir de ahora, y antes de la necesaria modificación legislativa, una reclamación de responsabilidad patrimonial por esta causa a alguna Administración, ¿esta puede o incluso debe inaplicar los preceptos legales declarados incumplidores del ordenamiento europeo de la responsabilidad estatal? Se trataría, en definitiva, de que entrase en juego lo que se ha llamado la primacía *administrativa*<sup>61</sup>.

Pues bien, este parece un caso claro de plena aplicación del principio de primacía por parte de esas otras autoridades estatales no jurisdiccionales que son las Administraciones públicas<sup>62</sup>, como sujetos con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE), donde debemos incluir el ordenamiento de la Unión Europea. Así, tras esta sentencia resultaría incomprensible que la Administración pretendiese, por ejemplo, limitar la indemnización a los daños producidos durante los últimos cinco años porque así lo establece (aún) el art. 34.1 LRJSP o que el Consejo de Ministros rechazase la solicitud en un supuesto de ley autoaplicativa

---

que admite a trámite la acción indemnizatoria, aun cuando la vulneración del derecho de la Unión no hubiera sido declarada por el Tribunal de Justicia en la fecha en que se ejercita tal reclamación, porque, como ocurría en el caso, la incompatibilidad de la norma española con la europea ya había sido previamente declarada por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aplicando directamente —sin necesidad de plantear cuestión prejudicial— el derecho de la Unión, a tenor de los principios de efecto directo y primacía y a la vista de la claridad de las determinaciones de la normativa europea que resultaba de aplicación.

<sup>60</sup> Referida a un caso de inconstitucionalidad de la norma, pero de plena aplicación a nuestro caso, tenemos entre otras varias la STS de 29 de noviembre de 2021, rec. 6198/2020, donde podemos leer que «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 que, en este caso, se corresponde con la sentencia [...], que desestima el recurso de casación formulado frente a la resolución administrativa que rechazaba la revisión de oficio del acto administrativo perjudicial».

<sup>61</sup> Valga aquí con la remisión a E. Cobreros Mendazona (2015b), «La aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea por la Administración», *RVAR*, 103, págs. 171-207.

<sup>62</sup> Y aunque no cuenten con la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial, que es una objeción —no menor, ciertamente— que siempre aflora cuando se trata esta cuestión.



o de omisión legislativa por inexistencia de un recurso previamente desestimado. Es más, tal hipótesis supondría un caso claro de violación suficientemente caracterizada del derecho de la Unión (*sub specie* principio de efectividad, como hemos visto más arriba)<sup>63</sup>. Dicho de otra manera, ninguna Administración pública —que tan importante posición institucional y procedimental ocupa en nuestro sistema cuando se trata del ejercicio de las acciones indemnizatorias, incluidas las de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador— puede considerarse ajena o desconocer esta sentencia estimatoria del incumplimiento, estando también obligada a cumplirla, aunque para ello deba inaplicar una ley, como es la del Régimen Jurídico del Sector Público o la del Procedimiento Administrativo Común.

### 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA ESTABLECIDO EN LA LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

A) La primera reflexión es muy general y se refiere a la conveniencia de replantearse la opción del legislador de 2015, de establecer conjuntamente la responsabilidad patrimonial de los otros poderes públicos junto con la de las Administraciones públicas. En efecto, el largo art. 32 LRJSP inaugura un capítulo titulado «IV. De la responsabilidad de las Administraciones Públicas», precepto que regula la responsabilidad patrimonial de estos sujetos, pero también la del Estado legislador (art. 32.3, 4, 5 y 6 LRJSP), la del Tribunal Constitucional (art. 32.8 LRJSP) y se menciona la del funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 32.7 LRJSP).

Es cierto que la petición indemnizatoria, sea cual sea el poder público que ha causado el perjuicio, se articulará en último término ante la Administración pública y será esta la que la haga efectivo al particular; y también es, hasta cierto punto, lógico e inevitable que la responsabilidad de los otros poderes públicos del Estado se haya visto muy influenciada por la de la Administración, que estaba ya muy experimentada y proporcionaba cierta seguridad. Pero nunca podemos olvidar las diferentes referencias constitucionales de su responsabilidad patrimonial: el art. 106.2 CE para la de las Administraciones públicas, el art. 121 CE para la del Estado juez y, según el Tribunal Supremo, el art. 9.3 CE para la del resto de poderes públicos, incluido destacadamente el legislador.

Incrustar la responsabilidad del legislador o del Tribunal Constitucional entre apartados del art. 32 LRJSP dedicados a la responsabilidad de las Administraciones públicas *stricto sensu* no parece una solución muy acertada. Máxime cuando eso se hace tan recientemente. En el caso de la responsabilidad judicial, lo que se dice al menos se limita a una remisión a la regulación sustancial contenida desde 1985 en su propia Ley Orgánica (art. 32.7 LRJSP). Pero, en el caso de la responsabilidad

---

<sup>63</sup> Recuérdese que ya desde la s. *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, cit., apdo. 57, esto ocurre «en cualquier caso» cuando el incumplimiento perdura a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declare la existencia del incumplimiento reprochado.



patrimonial del Tribunal Constitucional por funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad, resulta aún más llamativa su ubicación, puesto que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no aparece ni una sola mención a esta responsabilidad<sup>64</sup>.

En fin, la obligación de atender a lo dicho en esta reciente sentencia por el Tribunal de Justicia podría ser una buena oportunidad para reordenar todos estos aspectos o, al menos, tratar con la debida autonomía el de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

B) También merece una reflexión más detenida el diseño establecido en el art. 32.5 LRJSP, articulado —como ya sabemos de sobra— a través, primero, de un recurso contencioso-administrativo «ordinario» y, en el caso de resultar fallido y producirse posteriormente una resolución judicial que desvele fehacientemente la incompatibilidad con el derecho de la Unión de la ley aplicada causante del daño, la posibilidad de una nueva oportunidad resarcitoria. Veamos algunos aspectos de estas dos fases.

La vía impugnatoria previa<sup>65</sup> no está exenta de algunas dificultades específicas y quizá no resulte un recurso tan «ordinario». Así, el órgano contencioso-administrativo —cualquiera que fuere, pues va a actuar como garante del derecho de la Unión en lo referente a la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro— *teóricamente* está facultado para anular un acto y, en su caso, otorgar la indemnización, que será una pretensión accesoria o subsiguiente a la anulatoria de la actuación administrativa que materialice el daño (según permiten los arts. 31.2 LJCA y 67.1 LPAC). Pero el presupuesto inexcusable es la constatación de la incompatibilidad entre la ley estatal y el ordenamiento de la Unión. Aquí es donde surge la primera cuestión de entidad, pues esa constatación implica una actividad hermenéutica de contraste entre dos textos normativos, y, para llegar a la mencionada conclusión de incompatibilidad, ha de haberse resuelto satisfactoriamente cualquier duda al respecto. Y ¿cómo puede conseguirse eso? Hay varias posibilidades.

La más clara e indiscutible sería aquella en la que, planteado el recurso, pero antes de resolverse, se hubiera dictado una sentencia que constatase que la ley estatal dañosa es contraria al derecho de la Unión. Esto podría producirse en tres hipótesis. La primera sería la de una sentencia estimatoria del incumpli-

---

<sup>64</sup> Responsabilidad patrimonial que se introdujo de precipitada manera en 2009 en la LRJPAC de 1992 a raíz de la STS de 26 de noviembre de 2009 (rec. núm. 585/2009) por medio de una enmienda en el Senado al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial que, como de inmediato se advierte, no tenía nada que ver con la cuestión; pero lo dicho por la Sala Tercera llevó al legislador a asumir su doctrina a la carrera. Y en 2015 no se aprovechó para arreglar esta impropia situación, sino que se mantuvo.

<sup>65</sup> Recuérdese la defensa que hizo la representación española en Luxemburgo y que tanto énfasis puso en sus posibilidades, incluida la indemnizatoria.

miento dictada en Luxemburgo y aplicable al caso. La segunda, la de una sentencia dictada en una cuestión prejudicial, también aplicable al caso y que, a su vez, podría haberse dictado a instancias de cualquier otro órgano jurisdiccional (incluso de otro país) o a instancias del órgano jurisdiccional español que conoce del recurso<sup>66</sup>, supuesto en el que puede ayudar a que se origine la solicitud de planteamiento, debidamente motivada, por parte del recurrente. La tercera hipótesis, que solo funcionaría para los órganos inferiores al Tribunal Supremo, sería la de que hubiese sido la Sala Tercera la que hubiera dictado una sentencia declarativa de la tan reiterada contradicción normativa<sup>67</sup>.

Hay otra posibilidad, más compleja y delicada, consistente en que fuese el propio órgano que conoce del recurso contencioso-administrativo el que, por sí mismo, apreciase la concurrencia del requisito de la contradicción con el derecho de la Unión, deduciendo las consecuencias para el caso. Esto solo sería admisible, sin embargo, en los muy estrictos supuestos del acto claro<sup>68</sup>, que habría que entender aplicable a todos los casos aunque su construcción se haya hecho pensando en los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia (que son los que tienen la obligación de plantear la cuestión prejudicial, según el art. 267 TFUE)<sup>69</sup>. Además, hay que reconocer que este es un supuesto que, entre nosotros,

<sup>66</sup> Es el supuesto al que se refiere C. Alonso García (2020, pág. 200), no sin reseñar alguna reticencia del Consejo de Estado al respecto.

<sup>67</sup> Advértase que no estamos hablando de una pura hipótesis de laboratorio, puesto que han sido ya diversas las veces en las que la Sala Tercera ha considerado incompatibles normas con fuerza de ley y las ha dejado inaplicadas. Ejemplos de lo afirmado se pueden encontrar (dicho sea sin ánimo de exhaustividad y en el bien entendido de que algunas de las que se refieren seguidamente tuvieron precedente o continuación en otras que resolvían casos iguales) en: la Sentencia de 9 de abril de 2010, rec. 11037/2010; la Sentencia de 10 de mayo de 2010, rec. 1454/2005; la Sentencia de 24 de marzo de 2011, rec. 2885/2006; la Sentencia de 29 de junio de 2011, rec. 252/20010; la Sentencia de 7 de febrero de 2012, rec. 419/2010; la Sentencia de 10 de febrero de 2015, del Pleno de la Sala Tercera, rec. 373/2014; la Sentencia de 12 de marzo de 2015, rec. 116/2014; la Sentencia de 24 de octubre de 2016, rec. 960/2014; la Sentencia de 14 de junio de 2018, rec. 2714/2017; la Sentencia de 15 de noviembre de 2021, rec. 6360/2019; la Sentencia de 31 de enero de 2022, rec. 673/2017; y el ATS de 18 de mayo de 2022, rec. 44/2020.

<sup>68</sup> Según la consolidada doctrina establecida por la célebre Sentencia *CILFIT*, de 6 de octubre de 1982, 283/81, apdos. 13 a 21; que, pese a algún reciente intento de revisión, se mantiene incólume, como se desprende de la Sentencia *Consorzio Italia Management*, de 6 de octubre de 2021, C-561/19, de Gran Sala, que no sigue las elaboradas propuestas de cambio sugeridas por el abogado general Bobek en sus conclusiones presentadas el 15 de abril de 2021, y en la que solo podemos apreciar alguna matización en lo referente al análisis de las versiones lingüísticas (apdo. 44 de la sentencia).

<sup>69</sup> Entendida esta referencia a la «última instancia» no en sentido orgánico (el criterio de los existentes en el diseño judicial de los órganos), sino atendiendo al asunto concreto (Sentencia *Lyckeskog*, de 4 de junio de 2002, C-99/00, apdos. 14 y 15, ratificada por la Sentencia *Intermodal*, de 15 de septiembre de 2005, C-495/03, apdo. 30).

tendría un margen de aplicación aún más estrecho, si tenemos en cuenta la última interpretación del Tribunal Constitucional sobre la inaplicación judicial de la ley estatal por esta causa<sup>70</sup>, donde parece haberse impuesto un doble canon: para inaplicar una ley, la exigencia de plantear cuestión prejudicial es muy estricta, so pena de incurrir en una violación del art. 24 CE; mientras que para aplicarla, sin plantear tal cuestión prejudicial, queda mucho más difuminada la posibilidad de tal lesión<sup>71</sup>. Pero quede claro que esta última es una peculiaridad —de discutible acierto, eso sí— de nuestro sistema constitucional interno<sup>72</sup>.

Pero hay otro aspecto de este recurso previo que plantea algún problema adicional. Acabamos de decir que, siendo un recurso contencioso-administrativo «ordinario», pueden ir juntas la pretensión anulatoria y la indemnizatoria, con lo que se produce una economía procesal evidente. Sucede que el órgano competente para conocer del recurso lo será por relación al acto administrativo (que materializa el daño causado por la ley incorrecta) y este ha podido ser dictado por cualquier Administración que tenga competencia de ejecución de la ley. Sin embargo, para condenar además al pago de la indemnización de la lesión causada por la ley, parece evidente que tiene que haber sido parte la Administración del Estado<sup>73</sup>. Como se advierte, el *iter* procedimental se complica y puede producir el efecto de disuadir el planteamiento de la pretensión indemnizatoria de entrada para, si prospera el recurso, presentar posteriormente (eso sí, en el plazo de un año; art. 67.1 LPAC), ante el Consejo de Ministros, la solicitud de indemnización amparada por la sentencia de instancia (probablemente con la reconducción al cauce previsto en el art. 32. 5 LRJSP). Como se advierte, un sistema con bastantes complejidades.

En todos los casos, para la estimación de la pretensión indemnizatoria deberán cumplirse los requisitos sustantivos recogidos en el art. 32.5, a), b) y c) LRJSP: el de que la norma que tenga por objeto conferir derechos, el de la violación suficientemente caracterizada y el de la causalidad directa. En teoría podría plantearse si, siendo un recurso contencioso-administrativo «ordinario» el planteado contra una actuación administrativa, no deberían funcionar los requisitos propios de la responsabilidad administrativa (de los apdos. 1 y 2 del art. 32 LRJSP). Pero este recurso no encajaría en los presupuestos pensados para el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y, además, originaría una incoherencia evi-

<sup>70</sup> A partir, sobre todo, de su STC 37/2019, de 26 de marzo, dictada por el Pleno pese a tratarse de un recurso de amparo.

<sup>71</sup> Sobre esta compleja cuestión, en la que ahora no procede detenernos, valga con la remisión a X. Arzoz Santisteban (2020), *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, Madrid: CEPC.

<sup>72</sup> Sobre lo que hay que reconocer que la interpretación constitucional relativa a la cuestión prejudicial y el art. 24 CE no ha sido ni lineal ni clara.

<sup>73</sup> En relación con esta cuestión, tiene interés la STS de 10 de marzo de 2021, rec. núm. 9/2020, donde se condena únicamente a la Administración del Estado al pago de una indemnización por una sanción pecuniaria impuesta por una Comunidad Autónoma en ejecución de una ley incompatible con el derecho de la Unión Europea.

dente. Pensemos en el caso, no inhabitual, de que fuese el Consejo de Ministros el que tuviese que aplicar la ley tachada de contraria al derecho de la Unión Europea; con la lógica que aquí se rechaza, tanto el órgano administrativo como, luego, la Sala Tercera en sus funciones de control jurisdiccional, aplicarían la regulación más amplia y generosa de la responsabilidad administrativa. Resulta, sin embargo, que si se desestima —porque en ese momento no se advierte la contradicción normativa—, pero luego sí se reabre la vía adicional del art. 32.5 LRJSP porque se manifiesta fehacientemente tal contradicción<sup>74</sup>, entonces —y para el mismo supuesto, se insiste— habría que aplicar las condiciones sustantivas de este precepto. Estas dos diferentes varas de medir, según sea el procedimiento inicial u ordinario o sea el adicional o específico, no parece tener mucho sentido.

Hasta ahora hemos analizado las posibilidades de estimación del recurso previo «ordinario», pero también es muy probable que resulten rechazadas sus pretensiones. Con lo cual, el particular interesado no habrá obtenido nada de lo solicitado; pero sí mantendrá un hilo de esperanza resarcitoria, pensando en la posibilidad de que, más adelante, se produzca una resolución judicial (lo mejor para él sería que fuese una sentencia declarativa del incumplimiento legal, como ya sabemos), puesto que tendría cumplido el requisito de la sentencia previa desestimatoria firme —advértase que no ha tenido que agotar la vía de recursos necesariamente— exigido por el art. 32.5 LRJSP, para el inicio de la vía abierta entre nosotros en 2015.

C) Y esto da pie para una última reflexión sobre el sistema diseñado que pone en cuestión el acierto de la propia vía establecida en el art. 32.5 LRJSP, y que comienza con una solicitud indemnizatoria dirigida al Consejo de Ministros (según el art. 92 LPAC)<sup>75</sup>. En efecto, el sistema diseñado parte de una previa sentencia

---

<sup>74</sup> Y recuérdese que la sentencia de incumplimiento *declara* el incumplimiento existente y la sentencia prejudicial interpreta el derecho de la Unión *como debería haberse interpretado por los órganos estatales desde su entrada en vigor*.

<sup>75</sup> El origen de esta atribución podemos asignarlo sin grave riesgo de error a la Sala Tercera. En efecto, a partir de la consideración que hizo el Tribunal Constitucional sobre el merecimiento de algún tipo de compensación por el adelanto en la edad de la jubilación de funcionarios (la primera vez en su STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 22), para su materialización la Sala Tercera reenvió al Consejo de Ministros (comenzando por la STS de 15 de julio de 1987, del Pleno), donde, en relación a la responsabilidad del legislador, podemos leer: «a falta de una incardinación expresa del órgano del que dimana el acto objeto de la pretensión de reparación, en este caso las Cortes Generales, sea el Consejo de Ministros, a quien compete resolver una cuestión que afecta al Estado como organización jurídico política de la Nación al derivar su planteamiento de un acto legislativo de las Cortes Generales». Más adelante afianzó este criterio argumentando que el competente para pronunciarse en vía administrativa es el Consejo de Ministros, como órgano superior de la Administración y Gobierno, al que el art. 97 de la Constitución atribuye la función ejecutiva y que, al no venir atribuida a un órgano determinado de la Administración, corresponde al titular de la gestión administrativa del Estado en su conjunto y totalidad,

desestimatoria; sin embargo, en este segundo procedimiento se acude al Consejo de Ministros para que, al mismo sujeto, se le conceda la indemnización que ya le había sido denegada, en firme, por una sentencia. Nadie ignora que la cosa juzgada tiene unos matices muy específicos en el recurso contencioso-administrativo y, en tal sentido, estaremos ante un acto nuevo y distinto, producido por un órgano administrativo que puede ser diferente y que está legalmente previsto ante el surgimiento de una sentencia decisiva al respecto. Pero de lo que no cabe duda es de que estamos solicitando a la Administración un acto administrativo contrario a una sentencia y, directamente, para que esta quede sin efecto. Eso no parece de muy cómodo encaje en un sistema depurado de separación entre el ejecutivo y el judicial. Sí que podría mantenerse, sin problema, en el caso de la ley autoaplicativa o de la omisión legislativa dañosas, donde se puede acudir al Consejo de Ministros de nuevas, sin el filtro de la sentencia previa desestimatoria; pero, en los demás supuestos, a algunos puede producir cierta (razonable) incomodidad.

Podría, entonces, aprovecharse para valorar la conveniencia de remodelar este esquema de funcionamiento y considerar si no sería mejor articular esta pretensión por la vía del recurso extraordinario de revisión<sup>76</sup>, con la pertinente modificación del art. 102 LJCA<sup>77</sup>; advirtiendo, eso sí, que esta sería una pura opción del legislador español y que, en absoluto, resulta algo que venga requerido por el derecho de la Unión<sup>78</sup>.

---

y frente a su resolución, cabría, en su caso, interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (así, por ejemplo, en STS de 16 de marzo de 1992, rec. 6972/1990). Ahora es ya el legislador el que así lo ha establecido.

<sup>76</sup> Pues la vía del error judicial (art. 292 y ss. LOPJ), tal y como está de rigurosamente aplicado entre nosotros por el Tribunal Supremo, resultaría intransitable. La probable incompatibilidad de este mecanismo resarcitorio con el derecho de la Unión, en razón del propio principio de efectividad (nuevamente) ya fue puesto de manifiesto por E. Cobreros Mendazona (2015a, págs 183-196).

<sup>77</sup> Se explicita lo de la necesaria modificación de la Ley de la Jurisdicción porque —en un supuesto de incompatibilidad «sobrevvenida» de la Ley estatal con el derecho de la Unión— la vía del recurso extraordinario de revisión ya se intentó, pero fue inadmitida por el Tribunal Supremo, para quien una sentencia de cualquier Tribunal *de fecha posterior* no puede considerarse como documento a efectos de admisión del recurso de revisión, «incluso aunque proceda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse» (STS de 11 de octubre de 2007, rec. 9/2006; en el mismo sentido la STS, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2016, rec. 67/2013). Modificación que podría ser, de alguna manera, simétrica a la introducida en 2015 para la revisión por causa de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>78</sup> Inexistencia de obligación que así se ha establecido incluso para un supuesto de sentencia penal, en relación con un derecho recogido en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, como puede verse en la Sentencia XC, de 24 de octubre de 2018, C-234/17, apdos. 35 y ss.; sentencia acertadamente comentada por R. Alonso García en R. Alonso García y P. Andrés Sáenz de Santamaría (2022), *El sistema europeo de fuentes*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo: espec. págs. 100 a 104.

