



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DEL ESTADO LEGISLADOR POR EL
INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE
LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA
TRIBUTARIA**

Presentado por:

Laura Cabeza Sánchez

Tutelado por:

Felipe Alonso Murillo

Valladolid, febrero de 2022

RESUMEN

El presente trabajo analiza el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, prestando particular atención a los incumplimientos tributarios, y lo hace desde su surgimiento y formación en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta su recibimiento por los tribunales y legislación españoles, ofreciendo así una visión completa de su alcance y efectividad cuando se trata de lograr la devolución de lo ingresado en virtud de una norma tributaria interna contraria al ordenamiento jurídico de la Unión.

La responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del ordenamiento jurídico europeo es una de las grandes cuestiones debatidas en nuestro país, no sólo por haber generado en la praxis una importante litigiosidad, sino también porque ha sido regulada de forma más que discutible, a la luz del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, lo que ha motivado la apertura de un procedimiento por incumplimiento del Reino de España por parte de la Comisión Europea.

Partiendo de estas premisas en el trabajo se estudia: la construcción pretoriana de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por la vulneración del Derecho supranacional realizada por el Tribunal con sede en Luxemburgo, la aplicación práctica de esta jurisprudencia en el Reino de España, los requisitos para hacer efectiva esta responsabilidad patrimonial establecidos en la Ley 40/2015, así como su probable incompatibilidad con los principios europeos de equivalencia, efectividad y primacía del Derecho de la Unión, para evidenciar de este modo los principales problemas que plantea en la práctica el ejercicio de la acción encaminada a exigirla.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial. Estado Legislador. Incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Principio de efectividad. Principio de equivalencia. Devolución de ingresos tributarios indebidos.

Abstract

This paper analyzes the regime of the patrimonial responsibility of the Legislative State for breach of the European Union Law, paying particular attention to tax breaches, and does so since its emergence and formation in the doctrine of the European Union Court of Justice, until its reception by the Spanish courts and legislation. Thus the paper offering a complete vision of scope and effectiveness of this regime when it comes to achieving the return of what has been payed, by virtue of an internal tax regulation contrary to the legal system of the European Union.

The patrimonial responsibility of the Member State for non-compliance with the European Union legal system is one of the current great issues debated in our country, not only because it has generated significant litigation in practice, but also because it is regulated more than questionable way, in light of the legal system of the European Union, in the Act 40/2015, October, 1st., on the Regime of the Public Sector, which has led to the opening by the European Commission a procedure for non-compliance to the Kingdom of Spain.

Starting from these premises, the praetorian construction of the institution of the patrimonial responsibility of the Member States for the violation of supranational law carried out by the Court of Luxembourg is studied at a first step. Additionally, it is followed by the analysis of its specific application in Kingdom of Spain, and the detailed examination of the requirements established in the Act 40/2015. Finally, the probable incompatibility of this requirements with the European principles of equivalence, effectiveness and primacy of supranational law is also considered, evidencing the main problems that exist in the practical application of the liability action before the requirement of such requirements.

Key words: Patrimonial responsibility. Legislative State. Non-compliance with the European Union Law. Principle of effectiveness. Principle of equivalence. Return of tax improperly paid.

Índice

Abreviaturas.....	- 4 -
1 La responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea: una construcción jurisprudencial.....	- 5 -
1.1 <i>Su surgimiento inicial como “principio inherente al sistema del Tratado” y su construcción definitiva.....</i>	<i>- 6 -</i>
1.2 <i>La “violación suficientemente caracterizada” del Derecho de la Unión Europea como requisito para la existencia del deber de indemnizar por el Estado.</i>	<i>- 15 -</i>
1.3 <i>Requisitos del daño y relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño</i>	<i>- 18 -</i>
1.4 <i>Problemas planteados por la remisión a los regímenes naciones de responsabilidad patrimonial.....</i>	<i>- 21 -</i>
1.5 <i>La responsabilidad del Estado Legislador: dificultades en su aplicación efectiva.</i>	<i>- 23 -</i>
2 La recepción del principio de responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho español: la valoración de los requisitos sustantivos por el Tribunal Supremo	- 26 -
2.1 <i>La regla del agotamiento previo de las vías de recurso para el ejercicio de la acción resarcitoria: un intento problemático de limitar la responsabilidad desde el punto de vista del principio europeo de equivalencia.....</i>	<i>- 32 -</i>
3. Dificultades de la aplicación efectiva del principio en nuestro ordenamiento jurídico y su regulación en las Leyes 39 y 40/2015.	- 38 -
3.1. <i>Requisitos sustantivos comunes para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial, tanto por inconstitucionalidad como por vulneración del Derecho de la Unión Europea.</i>	<i>- 39 -</i>
3.1.1. <i>Lesión patrimonial.....</i>	<i>- 39 -</i>
3.1.2. <i>Antijuridicidad</i>	<i>- 41 -</i>
3.1.3. <i>Obtención de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño</i>	<i>- 41 -</i>
3.1.4. <i>Alegación de la inconstitucionalidad o la infracción del Derecho comunitario.....</i>	<i>- 48 -</i>
3.2. <i>Requisitos sustantivos específicos para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea.....</i>	<i>- 53 -</i>
3.2.1. <i>La norma violada debe tener por objeto conferir derechos a los particulares.....</i>	<i>- 53 -</i>
3.2.2. <i>La exigencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada en nuestro ordenamiento.....</i>	<i>- 55 -</i>
3.2.3. <i>Nexo de causalidad directo entre el incumplimiento de la obligación impuesta por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.....</i>	<i>- 61 -</i>
4 Límites temporales al ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad del Estado Legislador.	- 66 -
4.1. <i>El plazo de un año para instar la responsabilidad del Legislador</i>	<i>- 67 -</i>
4.2. <i>La limitación temporal a los daños producidos en el plazo de cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia</i>	<i>- 74 -</i>
5. Conclusiones	- 81 -
6. Supuesto práctico	- 89 -
7. Anexo I: Escrito de reclamación de Responsabilidad patrimonial ante el Consejo de Ministros.....	- 101 -
8. BIBLIOGRAFÍA.....	- 111 -

Abreviaturas

- AN Audiencia Nacional
- CE Constitución Española
- DUE Derecho de la Unión Europea
- IRNR Impuesto sobre la Renta de los No Residentes
- LGT Ley General Tributaria
- LJCA Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
- LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial
- LPAC Ley de Procedimiento Administrativo Común
- LRJSP Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
- TEAC Tribunal Económico Administrativo Central
- TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- UE Unión Europea

1 La responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea: una construcción jurisprudencial

El establecimiento como principio básico de la Unión Europea del deber de los Estados miembros de indemnizar a los particulares que sufran un daño como consecuencia del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante, “DUE”) ha sido el resultado de la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”)¹. Dicho en palabras de COBREROS MENDAZONA², “*sin apoyo expreso alguno en los Tratados, el Tribunal de Justicia puso en pie este nuevo fundamento de la integración jurídica europea*”.

Esta responsabilidad patrimonial en la que incurren los Estados miembros por sus incumplimientos de las normas de la Unión Europea (en adelante, “UE”) constituye la “*cláusula de cierre del sistema para la protección jurídica del Derecho de la Unión*”³ y refuerza los principios de eficacia directa y primacía del DUE.

Incluso las Instituciones de la UE consideran que este principio de responsabilidad patrimonial de los Estados es uno de los principios jurídicos básicos que disciplinan la interacción del ordenamiento de la Unión Europea con los ordenamientos estatales. Sirva como ejemplo, la Comunicación de la Comisión “*Una Europa de resultados. La aplicación del Derecho comunitario*”⁴, en la que afirma: “*la concreta aplicación del*

¹ Como señalan ALONSO GARCÍA y MARTÍN GONZÁLEZ, la jurisprudencia de este Tribunal en cuanto a la responsabilidad patrimonial de los Estados comienza con la Sentencia de 16 de diciembre de 1960, “*Humblet*”, (C-6/60; EU:C:1960:48), en la que se concretaba que la declaración de incumplimiento del Derecho de la Unión implicaba para el Estado la obligación tanto de corregir la actuación de que se tratase como de reparar las consecuencias ilícitas que aquella hubiera podido producir. En ALONSO GARCÍA, M.C y MARTÍN GONZÁLEZ, I., “*La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*”, editorial Iustel, Madrid, 2020, pág.27.

² COBREROS MENDAZONA, E., “*La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su cumplimiento del Derecho de la Unión Europea*”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pág. 13.

³ ALONSO GARCÍA, M.C y MARTÍN GONZÁLEZ, I., *op. cit.*, pág. 25. Asimismo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 4974/2010, de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4974), ha considerado el instituto resarcitorio como “*la cláusula de cierre del sistema que regula las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos nacionales*”.

⁴ De 5 de septiembre de 2007, COM (2007) 502.

Derecho comunitario depende de que las autoridades nacionales tomen las decisiones adecuadas”.

Este principio básico de la Unión Europea se erige en un medio de coacción destinado a garantizar la completa ejecución del ordenamiento de la UE en todos los derechos nacionales⁵. O, en palabras del propio TJUE⁶, el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del DUE cumple una función esencial “*para la preservación de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados*”.

Ciertamente, la responsabilidad de los Estados miembros por vulneración del DUE se concreta en una doble dirección: (1) la que tienen ante las Instituciones de la Unión, por un lado, y (2) la que tienen ante los particulares perjudicados, por otro, quienes tienen derecho a obtener una reparación pecuniaria de los daños sufridos como consecuencia de la infracción.

Es en esta última responsabilidad patrimonial, que al activarse por la lógica del resarcimiento exige cumplir unos determinados requisitos y se materializa por las vías establecidas por cada Estado miembro, en la que centra su atención este trabajo.

1.1 Su surgimiento inicial como “principio inherente al sistema del Tratado” y su construcción definitiva

Ya desde la entrada en vigor de los Tratados Constitutivos se generó en todos los niveles, en el institucional, en el doctrinal y en el jurisprudencial, un movimiento favorable al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por la infracción de normas comunitarias atributivas de derechos subjetivos⁷.

⁵ En similares términos se refieren ALONSO GARCÍA, M.C y MARTÍN GONZÁLEZ, I., *op. cit.*, pág. 25.

⁶ Así lo declara en el Dictamen de 8 de marzo de 2011, número 1/09, dictado por el Pleno del Tribunal tras oír a todos los Abogados Generales, además del Consejo, de la Comisión y del Parlamento, apartados 85 y 89.

⁷ En términos semejantes lo señala JANER TORRENS, J.D., “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*”, editorial Tirant monografías, Valencia, 2002, pág. 76.

Aunque, por ejemplo en el asunto “*Hedley Lomas*”, el Abogado General LÉGER en sus Conclusiones de 20 de junio de 1995⁸ dejó constancia de que la necesidad de articulación legal de este principio fuera planteada a los negociadores del Tratado de Maastricht, lo cierto es que el reconocimiento expreso de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario tiene una fecha de nacimiento precisa, previa a la fecha de firma de ese Tratado de Maastricht: la sentencia “*Francovich P*”⁹.

Aunque esta Sentencia no dará lugar a la construcción completa y definitiva del principio¹⁰, con ella el Tribunal situó este principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros al mismo nivel que los grandes principios del Derecho Comunitario de entonces, como eran su aplicación directa y primacía¹¹. Dicho en

El principio de responsabilidad no es un principio que haya surgido de forma espontánea, sino que sus primeras manifestaciones ya se dieron en los años sesenta. De hecho, la primera vez que el Tribunal europeo hizo referencia a la obligación de un Estado de indemnizar los perjuicios derivados de una infracción del ordenamiento comunitario fue en 1960, en la Sentencia *Humblet*, de 16 de diciembre de 1960 (C- 6/60; EU:C:1960:48).

Además, el Parlamento Europeo también se involucró en el reconocimiento del principio de responsabilidad patrimonial, con el fin de otorgar una protección efectiva de los derechos que para los particulares se derivasen del ordenamiento comunitario. Así, por ejemplo, en el Informe del Parlamento Europeo de 1 de septiembre de 1981, relativo a la responsabilidad del Tribunal de Justicia en relación con la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros (DOCE número C 287, de 9 de noviembre de 1981, págs. 47 y 48), el Parlamento hizo referencia a la necesidad de asegurar la plena eficacia del ordenamiento comunitario, bien a través de las cuestiones prejudiciales, bien a través del establecimiento de un sistema de sanciones en caso de incumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia.

⁸ Conclusiones de 20 de junio de 1995, presentadas en el asunto “*Hedley Lomas*”, (C-5/94; EU:C:1996:205), apartado 52.

⁹ De 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci/Italia* (C-6/90 y 9/90; EU:C:1991:428), dictada por el Pleno del Tribunal.

Cabe recordar en este punto que la competencia del Tribunal de Justicia de la UE para establecer por vía jurisprudencial el sistema de responsabilidad de los Estados miembros reside en el actual artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, “TFUE”), al tener encomendado garantizar la observación del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado por los Estados.

¹⁰ Aunque pueda ser considerada el punto de partida del principio de responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión, en ella, el Tribunal, en palabras de JANER TORRENS, “*ligó únicamente este principio a la falta de transposición de las directivas y definió un conjunto de condiciones sustantivas en función del concreto supuesto que se le planteaba, esto es, no estableció unas condiciones aplicables igualmente a cualquier infracción del ordenamiento comunitario*”. En JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 128.

¹¹ Algunos autores entienden que el fundamento del deber de indemnizar de los Estados radica en el principio de primacía del ordenamiento comunitario, pues la prioridad del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos nacionales exige establecer una serie de modalidades de protección de los derechos subjetivos otorgados por las normas comunitarias, así como las condiciones a las que quedará sujeto el derecho al resarcimiento. Así lo expresan, en términos similares, SIMON, D., BERTRAND, C.H., o GOFFIN, L., en JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, págs. 129-130.

palabras de COBREROS MENDAZONA¹², “*esta sentencia constituirá un firme pilar en la materia, pero hay que reconocer inmediatamente que en otras posteriores se irán incorporando algunos aspectos nuevos e incluso que se producirá una evidente rectificación interpretativa, como lo es la incorporación del requisito de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea*”.

Señaló el Tribunal con sede en Luxemburgo que, en atención a la efectiva aplicación del DUE, el principio de responsabilidad de los Estados miembros cuando incumplen las normas europeas encuentra una triple fundamentación: (1) la plena eficacia del ordenamiento comunitario, (2) la protección efectiva de los derechos de los particulares y (3) el principio de lealtad comunitaria.

Por un lado, consideró que “*la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconoce se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro*”¹³.

Y, por otro lado, precisó que “*la posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario*”¹⁴, llegando a la conclusión de que “*el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado*”¹⁵, puesto que, entiende el Tribunal, la obligación de reparar dichos daños “*se basa también*

¹² COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 26.

¹³ STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci/Italia* (C-6/90 y 9/90; EU:C:1991:428), apartado 33.

¹⁴ *Idem*, asunto *Francovich I*, apartado 34.

¹⁵ *Idem*, asunto *Francovich I*, apartado 35.

en el artículo 5 del Tratado (actual artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea), en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario”¹⁶.

Así las cosas, parece claro que la responsabilidad de los Estados miembros por infringir el ordenamiento europeo parte de la necesidad de asegurar la protección de los derechos de los particulares de forma total y efectiva, tanto a nivel comunitario como dentro de los distintos ordenamientos nacionales.¹⁷ Como ha observado GUICHOT¹⁸, la garantía indemnizatoria deriva “*de la concepción de la Comunidad Europea como una Comunidad de Derecho y en virtud de la cual todos los poderes públicos están vinculados por el Derecho y, por ende, tal vinculación se sustancia en que el Derecho y los derechos han de ser repuestos en caso de violación*”.

Con todo ello queda fijado el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros como un principio del Derecho de la Unión y, por tanto, indisponible para los Estados miembros, de forma que “*desde los ordenamientos estatales ni podrá eludirse o suprimirse éste, ni podrán establecerse otros requisitos adicionales para su obtención*”¹⁹. Y ello porque, como bien señaló el Tribunal en la antes mencionada Sentencia, el principio de responsabilidad es “*inherente al sistema del Tratado*”, enraizado en los Tratados constitutivos, lo que comporta su integración en la esfera de los derechos subjetivos que para los particulares derivan del ordenamiento

¹⁶ *Idem*, asunto *Francovich I*, apartado 36.

¹⁷ En este sentido ya se había pronunciado el Tribunal con anterioridad, en su Sentencia de 14 de diciembre de 1982, *République/Waterkeyn*, (C-314 a 316/81 y 83/82; EU:C:1982:430), al establecer que el derecho a obtener una indemnización de los perjuicios derivados de una infracción del Derecho comunitario tenía su fundamento en la violación de disposiciones atributivas de derechos subjetivos y no, de la declaración de incumplimiento del Tribunal.

Al margen de ello, también cabe mencionar que el reconocimiento del principio de responsabilidad patrimonial de los Estados pretendía, a su vez, hacer frente a los problemas derivados del mercado interior y a la búsqueda de mecanismos destinados a conseguir su efectividad. En términos similares se refiere JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 37.

¹⁸ GUICHOT, E., “*La responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario: la jurisprudencia post-Francovich*”, RAAP, núm., 30, abril-junio, 1997, pág. 107, en JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 130.

¹⁹ COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 28.

comunitario²⁰. En palabras de JANER TORRENS²¹, se puede concluir que “*el Tribunal de Justicia elaboró dicho principio a partir de una interpretación teleológica de los Tratados y del Derecho que de ellos se derivaba con el único objetivo de promover la correcta y plena aplicación de las disposiciones comunitarias y, de ahí, su naturaleza comunitaria y no nacional*”.

Mediante la concreción de este principio, el Tribunal europeo formula un sistema específico para exigir responsabilidad patrimonial a los Estados miembros; un nuevo²² mecanismo de protección de los derechos en el ámbito de los ordenamientos nacionales, configurado como un principio (1) autónomo en relación con las previsiones estatales, (2) obligatorio para los ordenamientos internos de los Estados miembros y (3) de carácter mínimo, pues solo es mejorable y no restringible por las disposiciones estatales²³.

Queda así configurado, por tanto, como un sistema específico para la responsabilidad patrimonial de los Estados, diferente del fijado para la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la UE cuando infringen el propio DUE, fundado en el Derecho comunitario y, por ende, común y único para todos los Estados miembros.

Ahora bien, tal responsabilidad se sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones. En los propios términos de la tantas veces mencionada Sentencia, “*el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho*

²⁰ De hecho, fundamentar el régimen de responsabilidad patrimonial en los mismos Tratados, implica que los Tribunales nacionales no puedan fundamentar la responsabilidad del Estado por vulneración del ordenamiento comunitario en el Derecho interno y, por tanto, la obligación de someterse a las condiciones que fije el Tribunal de Justicia europeo.

²¹ JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 134.

²² Algún autor como TIMMERMANS ha entendido que realmente el Tribunal europeo no creó un nuevo mecanismo judicial, sino que “*únicamente ha formulado un principio de naturaleza comunitaria cuya aplicación será competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales y de los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial*”. TIMMERMANS, C.H., “Community directives revisited”, YEL, vol. 17, 1997, pág. 24, en JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 133.

²³ En el mismo sentido se refiere COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 28.

comunitario que les sean imputables”²⁴. Se trata, en resumen, de tres condiciones: (1) que exista una violación del Derecho comunitario, (2) que esa conducta sea imputable a un Estado miembro y (3) que se produzca un perjuicio para los particulares²⁵.

A partir del establecimiento del principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros con esta Sentencia, el Tribunal europeo fue perfilándolo hasta llegar al momento que la doctrina ha denominado como de su “construcción definitiva”: la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*²⁶, puesto que con la Sentencia *Francovich I* solamente había enunciado de forma general el meritado principio.

En esta nueva Sentencia, el Tribunal europeo consagró un régimen de responsabilidad común que operaba con independencia de quien fuera el autor de la violación, las autoridades europeas o las nacionales, puesto que hasta ese momento la jurisprudencia diferenciaba una dualidad de regímenes jurídicos de responsabilidad, en función de quien fuera el sujeto responsable del daño²⁷.

Establece allí que “una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”²⁸, siendo extensible a los supuestos en los que son los

²⁴ *Idem*, asunto *Francovich I*, apartado 37.

²⁵ No obstante, el Tribunal, en su sentencia, no concretó el contenido de estas condiciones. Como señala JANER TORRENS, respecto la primera de las condiciones, esto es, que exista una violación del ordenamiento comunitario, el Tribunal no se “preocupó por determinar si la violación exigida debía ser grave o leve”. Aspecto que, como se verá más adelante en este trabajo, se fue tipificando a lo largo de su jurisprudencia. En cuanto a la segunda condición, este mismo autor matiza que, aun cuando la actuación vulneradora del ordenamiento comunitario sea imputable al Estado, “no la llevará a cabo el Estado como tal, sino el poder ejecutivo, el poder legislativo, el poder judicial o los diferentes entes subestatales”. Y, finalmente, en lo relativo a la necesidad de que tal conducta origine un perjuicio a los particulares, sostiene que es un requisito “inherente a la misma noción de responsabilidad”. En JANER TORRENS., J.D., *op. cit.*, págs. 138-143.

²⁶ Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur*, (C-46/93 y 48/93; EU:C:1996:79), dictada por el Pleno del Tribunal. En esta Sentencia, a diferencia de lo que sucede en *Francovich I*, la causa no se basaba en la omisión de la incorporación de una Directiva, sino en la incompatibilidad de dos leyes parlamentarias, una de Italia y otra de Reino Unido, con las disposiciones del entonces Tratado de la Comunidad Europea, concretamente de los actuales artículos 34 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, encargados de recoger la libertad de circulación de mercancías y la libertad de establecimiento, respectivamente.

²⁷ Así lo refleja ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 28. Ello, porque el Tribunal europeo consideró que la protección de los derechos subjetivos que para los particulares se derivaban del ordenamiento comunitario no se podía hacer depender del hecho de que fuese una autoridad nacional o comunitaria la que generase el perjuicio a los particulares.

²⁸ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 29.

poderes públicos los causantes del daño. Ahora bien, y como se verá más adelante en este trabajo, no toda actuación ilegal de los poderes públicos originará el derecho a una indemnización, sino solamente aquellas que cumplan una serie de circunstancias, en especial, que se trate de una “*violación suficientemente caracterizada*”; esto es, de un incumplimiento manifiesto y grave del DUE.

Respecto de la concreta responsabilidad del Estado legislador, en esta nueva Sentencia precisa que la responsabilidad estatal por incumplimiento del DUE surge “*independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento*”²⁹, por lo que tendrá también lugar, terminando diciendo, cuando tal incumplimiento “*sea atribuido al legislador nacional*”³⁰. Con este pronunciamiento del Tribunal con sede en Luxemburgo queda claro que la responsabilidad estatal rige también cuando el incumplimiento procede del Parlamento de un Estado miembro.

Así las cosas, y a modo de resumen de lo expuesto, se puede afirmar que el Tribunal europeo ha ido perfilando con su jurisprudencia el sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros cuando incumplen el ordenamiento comunitario. Entiende en particular: (i) que el sistema de responsabilidad debe ser el mismo con independencia de que el incumplimiento proceda de las autoridades nacionales o de las autoridades europeas³¹, y (ii) que también es indiferente cuál sea el poder u órgano estatal incumplidor, puesto que la responsabilidad será en todo caso del Estado miembro.

²⁹ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 32.

³⁰ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 36.

³¹ Unidad de sistema que quedó definitivamente establecida con la STJUE de 4 de julio de 2000, *Bergaderm*, (C-352/98P;EU:C:2000:361), en cuyo apartado 41 el TJUE se reitera lo expuesto en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, al analizar esta vez la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la UE, dejando de nuevo claro que los requisitos no deben ser diferentes en el caso de que la infracción proceda de las autoridades europeas o de las autoridades nacionales, y que la protección de los derechos de los particulares no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.

En el caso español, por ejemplo, el responsable último de cualquier violación del DUE es el Reino de España, con independencia de cuál sea el poder o autoridad interna que incumpla el DUE: sea el Legislativo, sea el Ejecutivo o sea el Judicial³².

Ahora bien, para acoger la acción de resarcimiento, el órgano jurisdiccional nacional deberá constatar la concurrencia de los tres requisitos decantados por la jurisprudencia del TJUE:

Primero. Se debe haber producido una acción contraria a las normas del Derecho comunitario que confieran derechos a los particulares o una omisión de dichas normas³³. De esta manera, la responsabilidad patrimonial queda configurada como un mecanismo de carácter subsidiario dirigido a compensar los derechos que no han podido hacerse valer plenamente en el Derecho interno por la violación llevada a cabo por el Estado miembro³⁴.

Segundo. Tal acción u omisión debe producir un incumplimiento manifiesto y grave del ordenamiento comunitario; en definitiva, se debe tratar de una “*violación suficientemente caracterizada*”. Para su determinación se deberán tener en cuenta los criterios fijados por el TJUE en su Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*³⁵, sin perjuicio de lo cual, cuando la discrecionalidad de

³² Esto es así porque el Estado es el único sujeto dotado de personalidad jurídica *ad extra*. Pero, se debe destacar que cuando el incumplimiento de las obligaciones europeas es atribuible a las Comunidades Autónomas, el Estado puede repercutirles lo abonado en Bruselas, tal y como establece el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, que regula los criterios y procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

De hecho, el TJUE, en su Sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim* (C-424/97; EU:C:2000:357), apartados 31 y 32, expresó que “*el Derecho comunitario no se opone a que pueda generarse, además de la responsabilidad del propio Estado miembro, la responsabilidad que incumbe a un organismo de Derecho público de reparar los daños causados a los particulares por las medidas que haya adoptado contraviniendo el Derecho comunitario*”.

³³ A este respecto, nuestro Tribunal Supremo entiende en su Sentencia de 12 de junio de 2003, que el hecho de que la norma deba conferir derechos a los particulares, “*no supone otra cosa que el que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y por tanto indemnizable*”.

³⁴ ALONSO GARCÍA, M.C., *op.cit.*, pág. 30.

³⁵ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 56. Concretamente, se deberá tener en cuenta: (1) el grado de claridad y de precisión de la norma violada; (2) la amplitud del margen de apreciación que la regla infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias; (3) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida; (4) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y, (5) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución europea hayan podido contribuir a la omisión.

la que disponen los Estados miembros para adaptar su ordenamiento al DUE sea mínima o, simplemente no exista, se podrá considerar, no sin matices, que el incumplimiento del Estado miembros tiene sin más esa naturaleza cualificada.

Tercero. Deberá existir una relación de causalidad directa entre la violación del DUE y el daño sufrido por los particulares. El daño tiene que ser real, efectivo e individualizado y no puede ser potencial o futuro³⁶.

Sin perjuicio del posterior análisis detallado de estos aspectos en el presente trabajo, quede claro desde ahora que se trata, en todo caso, de un sistema de responsabilidad patrimonial de mínimos, es decir, de un “*estándar común que debe ser acatado y cumplido por todos los Estados miembros*”³⁷, lo cuales gozan de autonomía procesal, por lo que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los requisitos procesales tanto para exigir dicha responsabilidad como para determinar la cuantía de la indemnización por los daños causados.

Ahora bien, dicha autonomía procesal debe respetar los principios europeos de equivalencia y efectividad, de modo que: ni la regulación interna podrá disponer un tratamiento de las reclamaciones de responsabilidad por el incumplimiento del DUE menos favorable que las reclamaciones semejantes por el incumplimiento del Derecho interno (principio de equivalencia), ni las disposiciones nacionales podrán hacer muy difícil o prácticamente imposible la obtención de la reparación del daño causado (principio de efectividad).

Tal y como establece el propio TJUE, corresponde a cada Estado miembro fijar los criterios para determinar la indemnización, “*que no pueden ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones o acciones semejantes basadas en el Derecho interno y que, en ningún caso, pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación*”³⁸.

³⁶ ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 32.

³⁷ ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 33.

³⁸ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 90.

La remisión a los ordenamientos de los Estados miembros tiene como punto de partida la ausencia de disposiciones comunitarias de carácter sustantivo y procedimental que regulen el ejercicio en todos los

1.2 La “violación suficientemente caracterizada” del Derecho de la Unión Europea como requisito para la existencia del deber de indemnizar por el Estado.

Efectivamente, no toda conducta infractora del ordenamiento comunitario dará lugar al deber resarcitorio del Estado miembro, sino solamente aquellas conductas de especial gravedad. En términos de la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*³⁹: “solo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades”.

Se trata, por tanto, de un requisito creado por el TJUE a partir de su jurisprudencia, que es desconocido para los ordenamientos internos de los países que integran la UE, lo que conlleva problemas en su interpretación y aplicación por los jueces estatales⁴⁰.

Además, desde su creación por la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame* se configuró como un sistema muy riguroso, llegando a ser *insatisfactorio*, en el sentido de que no era lo suficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo⁴¹, puesto que, en definitiva, la introducción de tal cualificación no deja de suponer una clara restricción de los supuestos indemnizatorios⁴².

Estados miembros de las demandas de responsabilidad patrimonial basadas en el incumplimiento del Derecho comunitario.

³⁹ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 45. Criterio además que queda rápidamente consolidado, puesto que el TJUE, unos meses más tarde, en la Sentencia de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* (C-178,179 y 188 a 190/94; EU:C:1996:375), al analizar la responsabilidad por no incorporar al ordenamiento nacional una Directiva, se remite expresamente a lo expuesto en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame* y, por tanto, asienta ya el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

⁴⁰ COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 67.

Igualmente, cabe señalar en este punto que tal requisito será el que diferencie el régimen de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros del mecanismo resarcitorio relativo a la compensación por enriquecimiento sin causa.

⁴¹ En estos términos se refirió el Abogado General Léger, en las Conclusiones presentadas en el asunto *Hedley Lomas*, *op. cit.*, apartado 145.

⁴² De hecho, así lo ha reconocido el Tribunal General de la Unión, en la Sentencia *Artegodan* (T-74/00; EU:T:2002:283), al señalar que “la declaración de ilegalidad de un acto jurídico (...) no basta, por lamentable que sea esa ilegalidad, para considerar que concurra el requisito para generar la responsabilidad de la Comunidad”, lo que implica reconocer una especie de “margen de tolerancia” frente a la ilegalidad, que conlleva la no resarcibilidad de algunas actuaciones ilegales. Todo ello,

Por ello, y de nuevo a través de su jurisprudencia, el TJUE irá simplificando el sistema de la responsabilidad, prescindiendo de tantos matices como los recogidos en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame* y generalizándolo, para determinar que, en los casos en los que los Estados miembros tengan un margen de apreciación, habrá que probar que se ha producido una extralimitación manifiesta del mismo, pues sólo así se entenderá cumplido el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

Margen de apreciación cuya existencia y amplitud deben ser apreciados conforme al Derecho comunitario y no conforme al Derecho nacional, porque “*el margen de apreciación que el Derecho nacional, en su caso, confiera al funcionario o a la Institución que haya violado el Derecho comunitario carece de importancia a este respecto*”⁴³.

Y, en los casos en los que el Estado miembro no disponga de tal discrecionalidad, se entenderá que el puro incumplimiento del DUE puede constituir *per se* una violación suficientemente caracterizada. Así lo razona el TJUE, entre otras, en la Sentencia *A.G.M.-COS.MET*⁴⁴, donde literalmente concluye: “*las obligaciones enunciadas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva no otorgan un margen de apreciación a los Estados miembros (...). Por consiguiente, procede considerar que una infracción del artículo 4, apartado 1, de la Directiva (...), es suficientemente caracterizada*”.

Ahora bien, la inexistencia de margen de apreciación para los Estados miembros no debe ser identificada, sin más y de forma absoluta, con la existencia de una violación suficientemente caracterizada del DUE, porque no se trata de un criterio exclusivo o único⁴⁵.

amparado en el interés general, ya que éste puede justificar la comisión de alguna ilegalidad sin consecuencias indemnizatorias.

⁴³ Así lo expone el TJUE en su Sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim*, (C-424/97; EU:C:2000:357), apartado 40.

⁴⁴ STJUE de 17 de abril de 2007, *A.G.M.-COS.MET*, (C-470/03; EU:C:2007:213).

⁴⁵ En este sentido, GUICHOT advierte de que probablemente este automatismo solamente se dé “*respecto a la omisión absoluta de transponer directivas en plazo; siempre, además, que no pueda alegarse que la normativa nacional permitía pensar que no era necesaria dicha adaptación*”. En COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, págs. 69 y 70.

Para determinar si el incumplimiento tiene efectivamente tal cualificación, se deben tener en cuenta una serie, en palabras del Tribunal europeo, de “*elementos de clarificación*”⁴⁶. Éstos son: (1) el grado de claridad y de precisión de la norma violada; (2) la amplitud del margen de apreciación que la regla infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias; (3) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida; (4) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, y (5) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución europea hayan podido contribuir a la omisión⁴⁷.

Sin perjuicio de lo que antecede, conviene subrayar que en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame* de constante cita se recogen tres supuestos en los que “*siempre habrá una violación suficientemente caracterizada*”: (i) cuando el incumplimiento del Estado miembro se hubiera mantenido incluso después de haberse dictado una Sentencia que declarase su existencia; (ii) cuando el incumplimiento del Estado miembro se hubiera mantenido pese a existir una Sentencia prejudicial de la que se derive, y (iii) cuando existiese suficiente jurisprudencia en la materia como para poder determinar que se estaba produciendo un incumplimiento del DUE.

Por último, cabe subrayar que el incumplimiento estatal del DUE, además de ser suficientemente caracterizado, debe ser de una norma que “*tenga por objeto o finalidad conferir derechos a los particulares*”, porque el elemento que dota de contenido a la acción de resarcimiento es la existencia de un derecho y su vulneración. En este contexto, conviene saber que para la jurisprudencia del TJUE la lesión de un derecho consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea implica, *per*

⁴⁶ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 56.

⁴⁷ En este sentido, varios son los pronunciamientos del TJUE en los que consolida el necesario cumplimiento de estos requisitos y se descarta la existencia de responsabilidad del Estado por no cumplirse, no habiendo por tanto una violación suficientemente caracterizada en la conducta del Estado. Se ve claramente, por ejemplo, en la Sentencia de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications* (C-392/93; EU:C:1996:131), en la que consideró que no se cumplía el requisito de la violación suficientemente caracterizada porque la Directiva que no se había sido transpuesta en tiempo por el Estado era imprecisa y admitía razonablemente la interpretación efectuada por, en este caso, Reino Unido, reconociendo entonces que se había producido un incumplimiento del Derecho de la Unión pero que, sin embargo, no daba lugar a una indemnización. Y en el mismo sentido se pronunciaron las Sentencias de 17 de octubre de 1996, *Denkavit* (C-283, 291 y 292/94; EU:C:1996:387) de 24 de septiembre de 1998, *Brinkmann* (C-319/96; EU:C:1998:429) y de 25 de enero de 2006, *Robins* (C-278/05; EU:C:2007:56).

se, una violación suficientemente caracterizada del ordenamiento comunitario⁴⁸, tal y como destaca COBREROS MENDAZONA⁴⁹.

1.3 Requisitos del daño y relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño

En sus principales sentencias sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del DUE, el TJUE no hace referencia expresa a los requisitos que debe reunir el daño ocasionado para que pueda tener la consideración de perjuicio indemnizable. En todo caso, se debe precisar que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, en palabras del Tribunal, “*no tiene como objetivo la disuasión o la imposición de una sanción, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares*”⁵⁰ como consecuencia de la infracción del ordenamiento comunitario.

El TJUE se ha limitado a señalar que corresponde a los Estados miembros fijar los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados del incumplimiento del Estado, respetando en todo caso los principios de equivalencia y efectividad⁵¹. Así lo ha reiterado igualmente nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de marzo

⁴⁸ De hecho, tal conclusión se obtiene de tres Sentencias del TJUE, de su Gran Sala, de 26 de noviembre de 2013: *Gascogne Sack Deutschland* (C-40/12; EU:C:2013:768), *Kendrion* (C-50/12P; EU:C:2013:771) y *Groupe Gascogne* (C-58/12P; EU:C:2013:770), dictadas en vía de recurso de casación, que resuelven de forma idéntica el asunto. En ellas, el TJUE al constatar que se produjo una vulneración del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, afirma que tal infracción “*constituye una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares*”.

⁴⁹ COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 92.

⁵⁰ STJUE de 17 de abril de 2007, *AGM-COS.MET* (C-470/03; EU:C:2007:213), apartado 88.

⁵¹ Así lo hace, por ejemplo, en la STJUE de 9 de diciembre de 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw* (C-568/08; EU:C:2010:751) apartado 90.

Igualmente, en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 88, señaló que “*en lo que se refiere a las distintas clases de perjuicios (...), el Derecho comunitario no impone criterios específicos. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse respecto a las clases de perjuicios indemnizables conforme al Derecho nacional (...)*”.

La remisión en este aspecto a los ordenamientos nacionales implica asumir una diversidad de regímenes estatales concretos aunque, como ya precisó en el asunto *Francovich I*, apartado 43, “*las condiciones de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la obtener la indemnización*”.

de 2014⁵², donde afirma que “*el derecho de la Unión Europea no tiene su propio concepto de daño por lo que la delimitación de qué ha de entenderse por tal debe hacerse con arreglo al derecho nacional, siempre y cuando teniendo en cuenta los principios de equivalencia y efectividad*”.

Lo expuesto no obsta para que los ordenamientos nacionales tomen en consideración a este respecto los requisitos establecidos por el TJUE en materia de responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea; a saber: el daño causado debe ser (1) apreciable y definitivo, (2) directo, (3) real y (4) cierto⁵³.

Por ello, el daño hipotético o indeterminado no origina el derecho a ser reparado, debiendo probarse la existencia de un perjuicio real y efectivo que permita llevar a cabo una valoración del perjuicio derivado del incumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento europeo, de forma que permita un resarcimiento pleno. Y así lo señaló el TJUE en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*⁵⁴, expresando que la reparación deberá ser adecuada al perjuicio, de forma que permita garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos.

Asimismo, en la citada sentencia (apartado 84), aceptó que, para determinar el perjuicio indemnizable, se compruebe si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia y, en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían⁵⁵.

El TJUE tampoco se ha preocupado por determinar el contenido de la existencia de un vínculo de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño. Concretamente, en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame* afirmó que “*corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si existe una relación de causalidad*

⁵² STS 908/2014, de 11 de marzo de 2014 (ES:TS:2014:908).

⁵³ Así puede verse en la Sentencia del Tribunal General de la UE de 26 de octubre de 2011, *Dufour c. Banco Central Europeo*, (T-436/09; EU:T:2011:634), apartado 192.

⁵⁴ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 82.

⁵⁵ En el mismo sentido se pronuncian las posteriores SSTJUE de 24 de marzo de 2009, *Danske* (C-445/06; EU:C:2009:178) y de 25 de noviembre de 2010, *FuB* (C-429/09; EU:C:2010:717).

directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas”⁵⁶.

No obstante, como señala JANER TORRENS⁵⁷, a partir de la jurisprudencia del TJUE en materia de responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea, cabe concluir que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por la violación del DUE sólo surgirá en los casos en los que exista una relación de causalidad directa, inmediata y cierta, de forma que cualquier elemento volitivo que se interponga entre la actuación vulneradora del DUE y el perjuicio generado será suficiente para excluir la responsabilidad⁵⁸.

Relación causal que, en todo caso, deberá quedar probada por el demandante o solicitante de la indemnización.

Finalmente, conviene recordar que no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el TJUE haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del DUE imputable al Estado miembro. Lógicamente, si existe un pronunciamiento previo declarativo del incumplimiento estatal será mucho más sencillo el reconocimiento de la responsabilidad, pero no se trata de un requisito indispensable⁵⁹. En palabras del TJUE: *“la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple dicho requisito”*, puesto que *“supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia (...) sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que (...) los derechos a favor de particulares (...) no pueden*

⁵⁶ *Idem*, asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 65.

⁵⁷ JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, págs. 255-258.

⁵⁸ Por ejemplo, el Tribunal General de la UE, en su Sentencia de 21 de enero de 2014, *Klein* (T-309/10; EU:T:2014:19), apartado 59, entendió que *“el perjuicio debe derivarse de formar suficientemente directa del comportamiento reprochado, debiendo este último constituir la causa determinante del perjuicio, pese a que no hay obligación de reparar toda consecuencia perjudicial incluso remota de una situación ilegal”*.

No está de más recordar en este punto que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros no surgirá cuando concurra un supuesto de fuerza mayor, un elemento que exceda del control de éstos.

⁵⁹ Es así porque el derecho subjetivo de los particulares vulnerado no deriva de la declaración por el TJUE de la existencia de un incumplimiento del DUE sino del propio DUE.

depender de (...) que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento”⁶⁰.

1.4 Problemas planteados por la remisión a los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial.

Como se ha adelantado, los particulares que sufran un perjuicio derivado de una infracción del DUE por los poderes públicos tendrán que interponer una acción de indemnización ante los respectivos órganos judiciales nacionales, no ante el TJUE, que en el caso español serán los tribunales del orden contencioso-administrativo. Las demandas se sustanciarán conforme a los cauces y procedimientos previstos en los ordenamientos internos⁶¹.

Esta remisión a los procedimientos fijados en los ordenamientos internos de los Estados miembros responde al “principio de autonomía procedimental”⁶² y presenta la ventaja de facilitar que los particulares ejerzan su acción de indemnización, puesto que podrán litigar ante los tribunales nacionales con mayor facilidad y, al canalizarse a través de las normas procesales internas, se evita además que sea un único tribunal el que resuelva los litigios en los que entre en juego algún elemento de naturaleza comunitaria⁶³.

⁶⁰ Sentencia de 14 de diciembre de 1982, *Waterkeyn* (C-314 a 316/81 y 83/82; EU:C:1982:430), apartados 14 y 15. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, apartados 93 y 95, y de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier* (C-445/06; EU:C:2009:178), apartado 38.

⁶¹ No se trata empero de una remisión definitiva, porque, aun cuando hasta la fecha no se hayan elaborado disposiciones que supongan el establecimiento de unos cauces procesales uniformes a seguir, el propio TJUE ha entendido que dicha remisión solamente será posible mientras no existan disposiciones comunitarias dirigidas a armonizar los procedimientos a través de los cuales obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de una infracción del DUE. En términos similares lo señala JANER TORRENS., J.D., *op. cit.*, pág. 290.

⁶² En el sentido de que, en virtud de éste, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, de acuerdo con sus propias normas procedimentales internas, dotar de plena eficacia a las normas y obligaciones que se deriven del mismo ordenamiento comunitario.

⁶³ Asimismo, como señala JANER TORRENS, “*la canalización del Derecho comunitario a través de las disposiciones procesales internas permitirá una mayor integración del ordenamiento comunitario en los respectivos ordenamientos nacionales*”. En JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 274.

Ahora bien, dicha remisión a los regímenes nacionales de responsabilidad no es incondicional, porque el TJUE ha subrayado que la autonomía procedimental de los Estados miembros queda sujeta a los principios de equivalencia (o también denominado no discriminación) y de efectividad, pues es necesario garantizar una aplicación uniforme del DUE.

El principio de equivalencia implica que las demandas basadas en el Derecho comunitario deben recibir el mismo trato que las demandas similares de carácter interno. Para facilitar la decisión sobre la existencia de ese paralelismo, el TJUE ha señalado que los tribunales nacionales deben tener en cuenta dos aspectos: (1) el objetivo perseguido por la norma y (2) las características esenciales de la disposición en cuestión⁶⁴.

El principio de efectividad exige que los cauces procesales establecidos por los Estados miembros no impidan la efectividad de los derechos derivados del DUE, por lo que no podrán hacer excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.

Lo hasta aquí expuesto plantea el problema del difícil equilibrio entre la primacía del ordenamiento comunitario y la integridad de los cauces procedimentales internos, pues es claro que, como señala JANER TORRENS⁶⁵, *“la remisión a los ordenamientos internos de los Estados miembros puede desvirtuar o privar de efectividad a las disposiciones o principios comunitarios, lo cual puede poner en tela de juicio la misma primacía, efectividad y respeto al Derecho comunitario”*, y también lo es, como ha observado el Abogado General JACOBS, que resulta *“inevitable un determinado grado de disparidad en la aplicación del Derecho comunitario a falta de normas armonizadas en materia de acciones judiciales, de procedimientos y de plazos (...). Ante la*

⁶⁴ Así lo determina en la Sentencia de 10 de julio de 1997, *Palmisani*, (C-261/95; EU:C:1997:351), apartados 34 y 35.

En el mismo sentido, el Abogado General COSMAS ha señalado en las Conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la citada sentencia, que para dotar de un tratamiento efectivo a las demandas de indemnización por infracción del Derecho comunitario, se deberá tener en cuenta: (1) que los derechos que se invocan sean similares; (2) que las normas procesales que han de compararse no deben considerarse aisladamente, sino en el marco del procedimiento del que forman parte y, por último, (3) que se trate de procedimientos similares.

⁶⁵ JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 285.

*inexistencia de disposiciones de armonización, la única exigencia consiste en que los medios de impugnación y las normas procesales nacionales garanticen una protección jurídica adecuada*⁶⁶.

En suma, el hecho de que las demandas de indemnización por los daños derivados del incumplimiento del DUE se deban plantear ante los órganos jurisdiccionales nacionales conlleva para estos una labor nada fácil por varias razones. Siguiendo a JANER TORRENS⁶⁷: en primer lugar, porque el juez nacional tiene que conciliar dos ordenamientos jurídicos de diferente naturaleza, pero que a su vez se encuentran íntimamente relacionados; en segundo lugar, porque debe plantearse si se somete estrictamente al ordenamiento interno o cumple con las obligaciones que derivan del Derecho comunitario, y, en tercer lugar, porque surgirá el problema de determinar qué sucede cuando los cauces procedimentales existentes no permitan dotar de efectividad el sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros establecido por el TJUE.

1.5 La responsabilidad del Estado Legislador: dificultades en su aplicación efectiva.

El sistema de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del DUE responde a exigencias de índole subjetivo, por un lado, pues busca proteger el ejercicio de los derechos particulares, y a exigencias de índole objetivo, por otro lado, pues los Estados miembros deben cumplir las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico de la Unión. Pero, en último término, ambas exigencias se complementan para garantizar la plena efectividad del DUE⁶⁸.

Este sistema de responsabilidad patrimonial ha ido incorporando matices desde su consolidación en los años noventa hasta la actualidad, con el fin de sortear las dificultades que su aplicación práctica iba presentando.

⁶⁶ Así lo establece en las Conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel y Van Veen* (C-430/93 y C-431/93; EU:C:1995:441), punto 45.

⁶⁷ JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, págs. 327 y 328.

⁶⁸ JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pág. 136.

En particular la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, objeto de este trabajo, presenta problemas propios en la configuración del sistema de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales, por más que sea indiscutible que los órganos depositarios de la soberanía nacional pueden desplegar conductas que infringen el ordenamiento comunitario y que, por ende, el Estado miembro responderá de los perjuicios que tal conducta haya generado⁶⁹.

No hay duda de que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador tiene su fundamento en la primacía del ordenamiento comunitario, porque sus disposiciones deben ser efectivas con independencia de la regulación interna de los Estados miembros⁷⁰, y tampoco puede haber duda de que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (o como la denomina una parte de la doctrina “la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por *“hecho de las leyes”*”) atiende a los caracteres y necesidades del ordenamiento comunitario, con independencia de la regulación establecida por los Estados miembros, de modo que éstos no pueden limitarla con sustento en su ordenamiento interno⁷¹.

⁶⁹ Ahora bien, resulta importante recordar que el perjuicio cuya indemnización se solicite no deriva directamente de la ley adoptada por el poder legislativo, sino en un acto de aplicación de la ley que normalmente llevarán a cabo las autoridades administrativas. No obstante, tal actuación ilegal, tendrá su origen en una disposición con rango de ley que sería contraria al DUE. Así lo expresan GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ, T-R., *“Curso de Derecho Administrativo”*, volumen II, Sexta Edición, Civitas, 1999, pág. 212.

⁷⁰ En sentido, de hecho, se han pronunciado los Abogados Generales en sus Conclusiones. Por ejemplo, el Abogado General LÉGER, en las Conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la Sentencia *Hedley Lomas*, señaló que *“el respecto de la primacía no exige solamente que deje de aplicarse una Ley contraria al Derecho comunitario. Exige también que se reparen los daños que su aplicación en el pasado ha provocado”*. Y en el mismo sentido se refirió el Abogado General TESAURO, en las conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la Sentencia *Brasserie du Pêcheur*, poniendo de relieve que *“la propia idea de la responsabilidad del Estado legislador en relación con las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario y, por tanto, suscritas convencionalmente por los propios Estados o adoptadas mediante procedimientos posteriores creados a tal fin, es, por el contrario, perfectamente coherente (...) con los caracteres fundamentales y típicos del ordenamiento jurídico comunitario”*.

⁷¹ Así lo expone ALONSO GARCÍA, entendiendo que *“la soberanía parlamentaria (...), soporte habitual de la exención del legislador nacional en materia de responsabilidad, no es precisamente la regla general en los sectores internos con el Derecho comunitario, en los que los Parlamentos no actúan soberanamente, sino sometidos a la normativa dictada por las instituciones comunitarias (...)”*. En ALONSO GARCÍA, R., *“Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea”*, Colección Ceura, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pág. 299.

Los supuestos de esta clase de responsabilidad patrimonial del Estado legislador planteados ante el TJUE ponen de relieve que la configuración del régimen de responsabilidad no se ajusta bien a la del Estado legislador, porque éste dispone siempre de un amplio margen de actuación con el objetivo de satisfacer el interés general que persigue. En palabras del Abogado General LÉGER⁷², *“es innegable que la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa solo debe poder cuestionarse con carácter realmente excepcional. La libertad del legislador no debe verse obstaculizada por la perspectiva de acciones de resarcimiento. Además, no puede limitarse por la mera razón de que al tenerse en cuenta el interés general se lesiones intereses privados. La capacidad de expresar la soberanía popular justifica la inmunidad del legislador respecto de las normas generales en materia de responsabilidad”*.

Dicho más claramente, el hecho de que el legislador mediante su actividad pretenda alcanzar el interés general comporta que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el incumplimiento del DUE sea difícil con carácter general⁷³.

No obstante lo anterior, el TJUE ha afirmado rotundamente que el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros cuando la infracción sea consecuencia de una actuación del Legislativo tiene también una naturaleza comunitaria, lo que implica que los Estados miembros responderán de los actos de éste, con absoluta independencia de la regulación que, en el ámbito interno, se haga de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del DUE⁷⁴.

⁷² Conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la Sentencia *Hedley Lomas*.

⁷³ Y, sin embargo, como señala ALONSO GARCÍA, la responsabilidad del Legislador es un supuesto *“bastante frecuente, ya que, si no la mayor parte, al menos las más relevantes de las reclamaciones resueltas por nuestra jurisprudencia en los casos de incumplimiento de Derecho europeo, se refieren, precisamente, a desatenciones, retrasos o incorrecciones del Parlamento a la hora de trasponer las normas europeas que necesitan para su eficacia de dicha incorporación nacional: las Directivas”*. En ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 35. Destaca empero COBREROS MENDAZONA que *“el interés general justifica la comisión de algún yerro o contravención de la legalidad, sin que comporte consecuencias indemnizatorias, siempre que no se superes un determinado umbral de tolerancia”*. En COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 78.

⁷⁴ Dada la primacía del DUE, en nuestro ordenamiento jurídico la atribución de responsabilidad patrimonial al Estado Legislador no ha encontrado prácticamente ningún rechazo. De hecho, ha provocado la aparición en nuestro Derecho interno de un completo sistema resarcitorio para dar cauce al deber de responder pecuniariamente, cuyo enjuiciamiento se residencia en los Tribunales ordinarios.

2 La recepción del principio de responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho español: la valoración de los requisitos sustantivos por el Tribunal Supremo

Nuestros tribunales no han formulado ninguna objeción a la doctrina jurisprudencial europea, que de hecho ha sido empleada desde hace largo tiempo por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido, el Consejo de Estado ha considerado, en su *Informe sobre la Inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*⁷⁵, que el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario “*ha sido recibido en el Derecho español de forma pacífica*” y “*sin especiales objeciones en la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo*”.

En palabras de ALONSO GARCÍA⁷⁶, “*en nuestro ordenamiento jurídico la primera regulación destinada a dar satisfacción al principio europeo de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho de la Unión es una creación pretoriana de nuestro Tribunal Supremo que (...) acoge los criterios que a tal efecto había establecido la jurisprudencia de Luxemburgo, interpretándolos, hasta el año 2004, de una manera laxa y favorable al reconocimiento de la obligación resarcitoria*”.

La doctrina jurisprudencial española ha interpretado y aplicado desde épocas muy tempranas el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, conforme a los requisitos impuestos por la jurisprudencia del TJUE.

En cuanto a la primera condición necesaria para que surja la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, esto es, la existencia del incumplimiento del DUE

⁷⁵ De 14 de febrero de 2008, págs. 234 y 262.

⁷⁶ ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 81.

que impida a los particulares vean imposible ejercer derechos conferidos por éste, cabe reseñar las siguientes sentencias.

La Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, “AN”) de 24 de junio de 1993⁷⁷, cuya fecha pone de manifiesto la rápida atención que se mostró por nuestros tribunales a la doctrina establecida en la Sentencia *Francovich I*. En dicha sentencia se analizó la prohibición administrativa de realizar un servicio de línea regular de transporte marítimo entre España y Marruecos, y se falló la desestimación del recurso interpuesto, al considerar la Sala sentenciadora que no se cumplía la premisa básica: el incumplimiento del Derecho comunitario⁷⁸. En el mismo sentido desestimatorio, la STS de 10 de julio de 1999⁷⁹, que rechazó una solicitud de indemnización por daños derivados de la entrada en vigor del Acta Única Europea con respecto a los agentes de aduanas, y, más recientemente, la STS de 24 de enero de 2014⁸⁰, que rechaza la reclamación indemnizatoria de los recurrentes, quienes consideraban que la legislación española aplicable en materia de ayuda a las víctimas de delitos incumplía las obligaciones impuestas por las normas europeas sobre la materia, al entender que no se conculcaba ninguna norma del ordenamiento de la UE.

También las ha habido, como es lógico, estimatorias de la pretensión de los particulares, en las que se reconoce el derecho a la indemnización solicitada. Por ejemplo, la SAN de 26 de enero de 2000⁸¹, en la que se constata por la Sala el perjuicio sufrido por la no incorporación al ordenamiento interno español de la misma Directiva objeto de consideración en la Sentencia *Francovich I*, lo que le originó que el FOGASA no cubriera al particular reclamante el impago de sus créditos salariales impagados. La SAN de 7 de mayo de 2002⁸², que concede la indemnización solicitada por el reclamante con fundamento en el daño que les había originado el retraso de más de

⁷⁷ SAN 2208/1998, de 24 de junio de 1998 (ES:AN:1998:2208).

⁷⁸ Desestimación que fue ratificada con posterioridad por el Tribunal Supremo, en su Sentencia 365/2003, de 25 de enero de 2003 (ES:TS:2003:365).

⁷⁹ STS 4968/1999, de 10 de julio de 1999 (ES:TS:1999:4968).

⁸⁰ STS 282/2014, de 24 de enero de 2014 (ES:TS:2014:282).

⁸¹ SAN 3975/2000, de 8 de enero de 2000 (ES:AN:2000:3975).

⁸² SAN 2781/2002, de 7 de mayo de 2002, (ES:AN:2002:2781).

veinte meses en la incorporación de la Directiva 94/47CE, que garantizaba diversos derechos a los adquirentes en régimen de multipropiedad, de forma que los particulares se vieron impedidos de ejercer los derechos que la norma europea les concedía. O, en fin, la STS de 12 de junio de 2003, *Canal Satélite Digital*⁸³, que reconoció a esa entidad su derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos por el retraso del Parlamento español en la trasposición de la Directiva 95/47CE, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión.

Es cierto, no obstante, que a la hora de acreditar la concurrencia de una violación del ordenamiento comunitario, nuestra jurisprudencia muestra una variada sustentación: (1) en una sentencia del TJUE declarativa de incumplimiento, como sucedió en las SSTS relativas al Impuesto de Donaciones y Sucesiones, en las que el incumplimiento fue declarado por el TJUE en sentencia de 3 de septiembre de 2014⁸⁴; (2) en una sentencia del TJUE que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez nacional, como por ejemplo en el denominado “céntimo sanitario”, en el que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador se reconoció en la Sentencia de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora*⁸⁵; (3) en la jurisprudencia creada por el TJUE en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por jueces de otros Estados miembros, como por ejemplo en las SSTS relativas a la deducción del IVA a la importación, que consideraron el incumplimiento de la norma europea por nuestro Legislador tras la STJUE de 29 de marzo de 2012, *Véleclair*⁸⁶, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés, y (4) en una sentencia de un juez nacional que decide inaplicar una norma jurídica interna por su contradicción con el DUE, como sucedió en las SSTS relativas al “bono social eléctrico”⁸⁷.

⁸³ STS 4076/2003, de 12 de junio de 2003 (ES:TS:2003:6692A).

⁸⁴ STJUE de 3 de septiembre de 2014, *Comisión/España* (C-127/12; EU:C:2014:51).

⁸⁵ STJUE de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora* (C- 82/12; EU:C:2014:108).

⁸⁶ STJUE de 29 de marzo de 2012, *Véleclair* (C-414/10; EU:C:2012:183).

⁸⁷ SSTS 2280/2016, de 24 de octubre de 2016 (ES:TS:2016:2280); 2296/2016, de 25 de octubre de 2016 (ES:TS:2016:2296); 4745/2016, de 2 de noviembre de 2016 (ES:TS:2016:4745) y, 5021/2016, de 16 de noviembre de 2016 (ES:TS:2016:5021).

El Tribunal Constitucional consideró, en su Sentencia 37/2019, de 26 de marzo de 2019 (ES:TC:2019:37), que no elevar la cuestión prejudicial conllevó un atentado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, anulando así los fallos dictados por el Tribunal Supremo.

Si bien la norma del DUE violada debe conferir derechos a los particulares, lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido sin más la presencia de esta circunstancia cuando se demuestra la violación del DUE⁸⁸.

Así sucede, por ejemplo, en las citadas SAN de 7 de mayo de 2002 y STS de 12 de junio de 2003. En ésta última, el TS consideró en su fundamento de derecho cuarto que otorgar derechos a los particulares “*no supone otra cosa que el que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y por tanto indemnizable*”.

Resume bien la doctrina jurisprudencial existente a este respecto, la STS de 17 de octubre de 2017⁸⁹, referida al diferente trato fiscal otorgado a residentes y no residentes en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. En su fundamento de derecho cuarto, frente a la alegación por la Abogacía del Estado de que la norma vulnerada no confería un derecho a los particulares, el Alto Tribunal afirma que de “*la adaptación del derecho estatal al europeo se derivarían derechos a los particulares*”.

En cuanto a la segunda condición necesaria para que surja la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, esto es, la existencia una violación del ordenamiento jurídico comunitario suficientemente caracterizada, cabe destacar las siguientes sentencias.

La STS de 30 de abril de 2004⁹⁰, relativa a la omisión por el Estado español de la regulación del reconocimiento de títulos de médicos especialistas, en la que el Alto Tribunal mencionó la exigencia de la suficiente caracterización de la violación, al sostener que, si bien la STJUE de 16 de mayo de 2002 declaró que el Estado español no había adaptado correctamente su derecho interno a lo previsto en el artículo 8 de la

El TS planteó después cuestión prejudicial ante el TJUE, asunto C-683/19, que ha sido resuelta en sentencia de 14 de octubre de 2021, *Viesgo Infraestructuras Energéticas* (EU:C:2021:847).

⁸⁸ De hecho, la jurisprudencia no se ha detenido especialmente en advertir y valorar tal necesidad.

⁸⁹ STS 1566/2017, de 17 de octubre de 2017 (ES:TS:2017:1566).

⁹⁰ STS 2907/2004, de 30 de abril de 2004 (ES:TS:2004:2907).

Directiva 93/16, en ningún momento hizo referencia a que “*como consecuencia de ese hecho hubiera incurrido en una violación suficientemente caracterizada*”.

Las SSTS de 17 de septiembre de 2010⁹¹, dictadas tras la STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*⁹², que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el propio TS. Emitida la Sentencia europea, nuestro Alto Tribunal otorgó las indemnizaciones solicitadas, al entender cumplidos todos los requisitos exigibles, particularmente el de la violación suficientemente caracterizada del ordenamiento comunitario. Lo hace en su fundamento de derecho décimo, como sigue: “*la valoración del alcance de la infracción, atendiendo a la definición de la situación por las normas comunitarias y la justificación por el Estado de la opción legislativa adoptada (...) conducen a estimar concurrente este requisito de vulneración suficientemente caracterizada, pues los pronunciamientos del Tribunal dejan pocas opciones para justificar la postura del Estado, al señalar que en este caso no existía incertidumbre en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión (...). El margen de apreciación del Estado al efecto es muy reducido y no se justifica por error en la interpretación del precepto (...). No existía por tanto ninguna incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión. Todo lo cual lleva a concluir que estamos ante una violación suficientemente caracterizada al haberse vulnerado por el Estado, en el ejercicio de su facultad normativa, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades*”⁹³.

Cabe reseñar que los jueces españoles han utilizado dos clases de elementos para apreciar la violación suficientemente caracterizada del DUE: factores objetivos y factores subjetivos.

⁹¹ Se trata de las SSTS 4975/2010, de 17 de septiembre de 2010, (ES:TS:2010:4975); 4976/2010, de 17 de septiembre de 2010, (ES:TS:2010:4976) y, 4974/2010, de 17 de septiembre de 2010, (ES:TS:2010:4974).

⁹² STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos* (C-118/08; EU:C:2010:39).

⁹³ Ahora bien, conviene adelantar aquí, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en este mismo trabajo, que la aplicación práctica del requisito de la violación suficientemente caracterizada por nuestros tribunales plantea la cuestión de si no tendrían que prescindir de su concurrencia, a favor de un sistema interno de responsabilidad patrimonial más “generoso”. En tal sentido se manifiesta COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 144.

Entre los factores objetivos, destacan el análisis de la claridad de la norma vulnerada y del margen de apreciación del que dispone el Estado miembro para trasladarla al ordenamiento nacional. Así, en las SSTS de 2 de octubre de 2012 y de 20 de noviembre de 2013⁹⁴, dictadas en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se aprecia la clara vulneración de la Directiva europea 69/335, en su versión modificada por las Directivas 73/79, 73/80 y 85/303, puesto que ésta era “*muy clara y precisa*”.

Entre los factores subjetivos, destacan la voluntad deliberada de las autoridades nacionales de infringir el ordenamiento comunitario, pese a que el TJUE, desde su primera jurisprudencia, dejó sentado ya que la gravedad de la infracción no dependía del concepto de culpa o de un acto intencional o negligente del órgano estatal autor de la transgresión⁹⁵. Así, por ejemplo en la STS de 18 de febrero de 2016⁹⁶, relativa al “céntimo sanitario”, el TS califica la violación del ordenamiento jurídico europeo como suficientemente caracterizada, puesto que el propio TJUE, en su Sentencia, había reprochado ya al Gobierno español y a las Comunidades Autónomas su falta de buena fe a la hora de cumplir las obligaciones impuestas por el DUE, pues mantuvieron el impuesto, a sabiendas de su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Unión.

Finalmente, en cuanto a la tercera y última condición establecida por el TJUE para determinar si existe o no responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del DUE, esto es, el nexo de causalidad directo entre el resultado dañoso y la violación de la norma europea, cabe destacar las siguientes sentencias.

La SAN de 7 de mayo de 2002 y la STS de 12 de junio de 2003, reiteradamente mencionadas, la STS de 13 de octubre de 2011⁹⁷, en la que se desestima la petición

⁹⁴ SSTS 6227/2012, de 2 de octubre de 2012 (ES:TS:2012:6227) y 5728/2013, de 20 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5728).

⁹⁵ Así lo expreso en la ya citada Sentencia *Brasserie du Pêcheur*, apartado 79.

⁹⁶ SSTS 457/2016, de 18 de febrero de 2016 (ES:TS:2016:457) y 458/2016, de 18 de febrero de 2016 (ES:TS:2016:458).

⁹⁷ STS 6834/2011, de 13 de octubre de 2011 (ES:TS:2011:6834).

indemnizatoria por negarse la relación de causalidad, y la STS de 18 de febrero de 2016, relativa al “céntimo sanitario”.

En la última mencionada, el Abogado del Estado entendía que la relación causal entre el perjuicio y la ley creadora del impuesto no era ni directa ni exclusiva, pero el TS considera que el nexo causal era directo porque *“la aprobación de la Ley 24/2001, que crea el impuesto, y los sucesivos actos de aplicación, generan un daño económico en forma de repercusión derivada de las sucesivas liquidaciones tributarias. Sin lo primero (...), no se hubiera producido lo segundo (...). De ahí su carácter necesario”*. Y, asimismo, considera que dicho nexo causal era exclusivo, *“toda vez que el daño ocasionado (...) deriva de la aplicación de una ley estatal (...) que alumbra el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos”*.

A la vista de cuanto ha sido expuesto en este subapartado del trabajo, cabe afirmar, como lo hizo el propio TS en Sentencia de 14 de julio de 2010⁹⁸, que *“no constituye novedad para este Tribunal asumir de forma clara la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades en relación con la responsabilidad objetiva del Estado por violación del derecho comunitario establecida a partir de la sentencia Francovich”*.

2.1 La regla del agotamiento previo de las vías de recurso para el ejercicio de la acción resarcitoria: un intento problemático de limitar la responsabilidad desde el punto de vista del principio europeo de equivalencia.

La inicial acogida del principio de responsabilidad patrimonial por el incumplimiento del DUE que se acaba de analizar sufrió un cambio jurisprudencial con las SSTS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005⁹⁹, en las que se analiza la pretensión de unos particulares de obtener una indemnización por los daños derivados de haber realizado determinadas exacciones del IVA, según lo previsto en el artículo 11

⁹⁸ STS 4328/2010, de 14 de julio de 2010 (ES:TS:2010:4328).

⁹⁹ SSTS 442/2004, de 29 de enero de 2004 (ES:TS:2004:442), y 3321/2005, de 24 de mayo de 2005 (ES:TS:2005:3321).

de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, tras haber sido declarada contraria a la “Sexta Directiva” por la STJUE de 21 de marzo de 2000¹⁰⁰.

En estas sentencias el Alto Tribunal desestima las indemnizaciones solicitadas con base en la misma circunstancia: los perjudicados no habían agotado previamente todas las vías de recurso interno destinadas a impugnar la validez de la norma antieuropea¹⁰¹.

El Tribunal Supremo defendió en dichas sentencias que la acción resarcitoria frente a los daños provocados por la inconstitucionalidad de una disposición legal, cuando el perjudicado no impugnó el acto administrativo de aplicación de ésta u obtuvo una sentencia firme desestimatoria de esta pretensión, puede resultar (1) de la revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho o (2) de la reclamación directa de la responsabilidad al Estado-legislador una vez conocida la sentencia de inconstitucionalidad.

Entendió que esas reglas no eran, sin embargo, de aplicación cuando la pretensión del demandante se justifique en la incompatibilidad de la ley causante del perjuicio con el ordenamiento de la Unión Europea, de modo que el resarcimiento de este incumplimiento quedaría sometido a requisitos más estrictos, lo que supone un tratamiento jurídico diferenciado entre las acciones de reparación de los daños derivados de leyes declaradas inconstitucionales y de los derivados de leyes contrarias al DUE.

Y para salvar las exigencias derivadas del principio de equivalencia, argumentó la distinción entre ambos tipos de acciones resarcitorias, entendiendo que, cuando se produce el incumplimiento del DUE, los perjudicados son titulares de una acción destinada a invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento europeo vulnerado, lo que no sucede en los casos en los que los perjuicios derivan de la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

¹⁰⁰ STJUE de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa* (C-110/98 a 147/98; EU:C:2000:145).

¹⁰¹ En términos similares se refiere ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 100.

Por tanto, el Tribunal Supremo consideró que accionar frente a los actos administrativos de aplicación de una ley disconforme con el ordenamiento comunitario no era una simple opción para los perjudicados, sino una imposición, de modo que su inactividad en defensa de los derechos vulnerados comportaba soportar el perjuicio sufrido. En sus propias palabras, la parte recurrente, *“al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado”*¹⁰².

Dicho con más claridad, la consecuencia de esa interpretación del Alto Tribunal era la siguiente: si no se había agotado toda la vía previa interna de recurso frente al acto de aplicación de la Ley, con posterioridad no se podía solicitar la indemnización por el perjuicio sufrido.

Esta interpretación fue altamente criticada por sus consecuencias, puesto que, como dice ALONSO GARCÍA¹⁰³, *“conduce a un disímil tratamiento de las acciones de reclamación de la responsabilidad patrimonial en función de que la contrariedad en que incurre la ley lo sea del orden jurídico europeo o de la Constitución”*, lo que *“resulta incompatible con el principio europeo de equivalencia, que, como sabemos, no permite que la legislación nacional trate las reclamaciones basadas en el Derecho europeo de manera menos favorable que las pretensiones similares de Derecho nacional”*.

Añádase que dicha intelección difícilmente respeta el principio europeo de eficacia o efectividad, pues exige a los particulares perjudicados por el incumplimiento del DUE una carga procesal excesiva, no solo en el sentido de cuestionar la validez de las disposiciones legales nacionales, sino también en aportar una argumentación que consiga que el juez competente inaplique tales disposiciones o, en su caso, eleve cuestión prejudicial al TJUE.

En un momento posterior, el propio Tribunal Supremo, ante uno de los muchos asuntos que se le habían planteado, decide cuestionar su propio criterio previo y

¹⁰² En ambas sentencias, FJ 1º.

¹⁰³ ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, págs. 107 y 108.

plantear cuestión prejudicial ante el TJUE¹⁰⁴, mediante Auto de 1 de febrero de 2008¹⁰⁵, desde el parámetro de los principios europeos de equivalencia y efectividad.

El cambio se produce a raíz de la conocida STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.*¹⁰⁶. Los términos del ATS eran muy claros: “¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en las Sentencias de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho comunitario?”.

El Tribunal con sede en Luxemburgo concluyó en dicha sentencia que la diferencia no planteaba problemas con respecto del principio de efectividad, pero resultaba incompatible con el principio de equivalencia.

En su parco razonamiento, el TJUE señala que teniendo las dos reclamaciones el mismo objeto, la indemnización del daño sufrido por quien resulta lesionado por un acto u omisión del Estado, la única diferencia existente entre ambos supuestos reside en el Tribunal que declara la infracción jurídica, lo que “no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia”¹⁰⁷.

De este modo, la Gran Sala consideró que “el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia (...) solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas

¹⁰⁴ Cuestión prejudicial número 153/2007.

¹⁰⁵ Auto del Tribunal Supremo 14770/2008, de 1 de febrero de 2008 (ES:TS:2008:14770A).

¹⁰⁶ STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.* (C-118/08, EU:C:2010:39).

¹⁰⁷ Apartado 44.

*dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente*¹⁰⁸.

En suma, sostuvo que la regulación de nuestro Derecho era más beneficiosa para el particular perjudicado por una ley inconstitucional que para el particular perjudicado por la declaración de incompatibilidad de la Ley con el DUE¹⁰⁹.

A la vista de la interpretación del Tribunal de Luxemburgo, el Pleno de nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia de 2 de junio de 2010¹¹⁰ consolida su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales, pero procede a igualarla para el incumplimiento del ordenamiento comunitario, de forma que el principio de equivalencia condujo a una modificación radical del cauce jurisprudencialmente exigido para ejercer la acción indemnizatoria, cuando se trata de la responsabilidad del Estado por aplicación de una ley incompatible con el DUE¹¹¹.

¹⁰⁸ STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.*, apartado 48.

Ya en la citada Sentencia *Brasserie du Pêcheur*, apartado 66, el Tribunal de Justicia había dicho que “*los requisitos manifestados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de las 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*”.

¹⁰⁹ En la doctrina no es opinión unánime que nuestro sistema de responsabilidad por leyes inconstitucionales fuera más beneficioso que el previsto para los casos en los que las leyes vulneran el DUE. Por ejemplo, GONZÁLEZ ALONSO considera más favorable la acción resarcitoria en el ámbito del Derecho europeo, básicamente porque era posible atribuir la misma a cualquier órgano o poder público del Estado, no solo al Legislativo, y porque la norma objeto de violación puede ser cualquiera, del Derecho originario o derivado, y no solo de la Constitución. GONZÁLEZ ALONSO, A., “*La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 106 (2016), págs. 381 a 429; en ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 112.

¹¹⁰ STS 3898/2010, de 2 de junio de 2010 (ES:TS:2010:3898).

El Alto Tribunal justifica su posición en la vinculación que debe a la STJUE en el sentido de que, si bien entre ambos Tribunales no existe una relación de subordinación institucional ni jerárquica, sino de cooperación y colaboración, la interpretación y aplicación uniforme del DUE sólo se puede conseguir otorgando a las decisiones del TJUE carácter vinculante. Por ello, en palabras del TS, “*la doctrina de este Tribunal Supremo (...) sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario*”. Véase el FD noveno de su Sentencia de 17 de septiembre de 2010.

¹¹¹ En términos similares lo expresa COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 179.

Y, por ello, en definitiva, se permitirá el ejercicio de la acción indemnizatoria ante el Consejo de Ministros en el plazo de un año desde que se publique la Sentencia del TJUE que declara incompatible la ley española con el Derecho de la Unión.

A partir de este momento, se produjo una cascada de sentencias estimatorias de la responsabilidad patrimonial solicitada, que comienza con las tres citadas SSTS de 17 de septiembre de 2010¹¹², en las que se aplican los nuevos criterios exegeticos, conforme a los cuales no se podía exigir al demandante que, con carácter previo a la reclamación de responsabilidad, agotara todas las vías de recurso dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo dictado en aplicación de la Ley declarada incompatible con el DUE¹¹³.

Tras conocer la sentencia sobre el caso del “céntimo sanitario”, el Gobierno planteó una serie de iniciativas tendentes a evitar el enorme desembolso económico derivado de las demandas de responsabilidad patrimonial que se iban a presentar tras el pronunciamiento del TJUE que declaraba la disconformidad con el DUE del impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos.

La principal medida fue la recogida en el borrador de Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley General Tributaria de 20 de junio de 2014. Éste, en su texto, separándose de lo establecido sobre el régimen de responsabilidad patrimonial en la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, creaba un procedimiento propio para la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Parlamento por las normas tributarias declaradas incompatibles con el ordenamiento comunitario. Así, contemplaba que los perjudicados solamente podían instar la rectificación de las autoliquidaciones practicadas conforme a dichas normas ilícitas o, en su caso, la revocación de los actos administrativos adoptados al amparo de tales disposiciones, por lo que se les privaba de la posibilidad de plantear ante el Consejo de Ministros una acción de responsabilidad.

¹¹² SSTS 4975/2010, de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4975); 4976/2010, de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4976) y, 4974/2010, de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4974).

¹¹³ Las SSTS que siguieron son, entre otras, la 4328/2010, de 14 de julio de 2010 (ES:TS:2010:4328); 6884/2010, de 17 de diciembre de 2010 (ES:TS:2010:6884); 1484/2012, de 7 de marzo de 2012 (ES:TS:2012:1484); 253/2013, 25 de enero de 2013 (ES:TS:2013:253); 4165/2013, de 23 de julio de 2013 (ES:TS:2013:4165), y 4879/2016, de 7 de noviembre de 2016 (ES:TS:2016:4879).

Este anteproyecto limitaba además el ejercicio de la acción revocatoria al plazo de prescripción de un año, contado desde que se hubiese producido el último acto con facultad interruptiva de la prescripción que hubiera sido dictado antes de la sentencia que declarase la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la no conformidad con el DUE. Situación que, como bien ha dicho ALONSO GARCÍA¹¹⁴, *“dada la lentitud de los procesos judiciales en nuestro Estado, conduciría, en la práctica, a la inutilidad de la reclamación por haber prescrito ya los actos administrativos en el momento de alcanzarse dicha sentencia”*.

Afortunadamente este anteproyecto no fue finalmente aprobado, quizás porque la modificación del régimen de responsabilidad patrimonial del Legislador por las leyes contrarias al ordenamiento comunitario se iba a producir con la publicación, pocos meses después, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3. Dificultades de la aplicación efectiva del principio en nuestro ordenamiento jurídico y su regulación en las Leyes 39 y 40/2015.

El régimen de responsabilidad patrimonial vigente en el Derecho español se encuentra en dos textos normativos diferentes, optando así el Legislador por una regulación dual: (1) en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, “LPAC”), encargada de regular los requisitos procesales, y (2) en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, “LRJSP”), encargada de regular los requisitos materiales o de fondo.

MORENO QUIRÓS¹¹⁵ opina con razón que *“esta configuración es fruto de un concreto enfoque dogmático de los promotores de la reforma (...) de la Ley 30/1992, que han estimado necesario regular de modo autónomo e independiente el régimen jurídico de las Administraciones públicas y los aspectos procesales generales y*

¹¹⁴ ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 147.

¹¹⁵ MORENO QUIRÓS, J.A., *“La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria”*, Aranzadi, Navarra (2018), pág. 87.

singulares del procedimiento administrativo”, de forma que por razones de seguridad jurídica quede concretado el alcance de la denominada responsabilidad del Estado legislador, *“incorporando al ordenamiento jurídico español los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*.

Las nuevas disposiciones reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador se encuentran recogidas en el Capítulo IV de la LRJSP, titulado “De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. Concretamente, su artículo 32 establece la obligación de reparar, mediante la oportuna indemnización, las lesiones producidas a los particulares provenientes de los daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar. Pero, al margen de desarrollar el artículo 106.2 de la Constitución Española (en adelante, “CE”), el apartado 3 de dicho artículo 32 distingue dos supuestos de responsabilidad: (1) la derivada de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, en los términos previstos en la propia disposición legislativa¹¹⁶, y (2) la derivada de la aplicación de una norma jurídica ilícita, sea por su inconstitucionalidad o sea por su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

3.1. Requisitos sustantivos comunes para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial, tanto por inconstitucionalidad como por vulneración del Derecho de la Unión Europea.

Para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador hay una serie de requisitos comunes, contemplados en la LRJSP, que van a ser analizados en este subapartado del trabajo.

3.1.1. Lesión patrimonial

Para que nazca el derecho a la indemnización tiene que haberse producido una lesión en cualquiera de los bienes y derechos del reclamante, efectiva, evaluable económicamente e individualizada.

¹¹⁶ Esto es, en definitiva, la responsabilidad patrimonial del Legislador por vulneración del principio de confianza legítima. Sin embargo, llama la atención de este primer supuesto, que se limita a reproducir lo establecido en el artículo 139.3 de la derogada Ley 30/1992. Cláusula de responsabilidad que, además, resulta criticada por buena parte de la doctrina; así lo manifiestan, por ejemplo, LEGUINA VILLA, calificándolo de *“superfluo”*, o GALÁN VIOQUE, señalando que *“este precepto constituye un retroceso significativo en el afianzamiento de la responsabilidad del Estado legislador que constitucionaliza el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna”*. En MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 89.

Ahora bien, dada la amplitud de la configuración legal del daño, que puede ser tanto patrimonial como no patrimonial, hay que acudir a la jurisprudencia para saber qué daños son indemnizables, sin olvidar la limitación establecida en el artículo 34.1 LRJSP, conforme a la cual sólo son indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad o la incompatibilidad con el DUE.

Respecto a la necesidad de que sea un daño efectivo, la jurisprudencia ha entendido que debe ser un daño cierto, ya producido, no un daño eventual o posible, y debe ser real, no hipotético¹¹⁷. La acreditación del daño es un requisito esencial para la apreciación de la responsabilidad, pues, como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de octubre de 2007¹¹⁸, *“la jurisprudencia viene exigiendo la certeza del mismo, (...), de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no resulte contrastada”*.

Ahora bien, no sólo pueden ser objeto de reparación los daños patrimoniales, sino que, como bien ha precisado el Tribunal Supremo, también son indemnizables los daños físicos o morales. En efecto, como señaló, en su Sentencia de 6 de abril de 2006¹¹⁹, *“los daños morales (...) pueden generar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria”*.

Finalmente, la individualización del daño conlleva la necesidad de que afecte a una determinada persona o grupo de personas, no basta con que afecte a la generalidad, puesto que, como señala MORENO QUIRÓS, *“las cargas e incomodidades generales que, por exigencias del interés público, la Administración puede hacer gravitar sobre los particulares, aun cuando algunos hayan de sufrirlos en mayor medida que otros, al organizar los servicios públicos”*, no dan derecho a una indemnización.

¹¹⁷ Se debe mencionar que la indemnización de los daños patrimoniales alcanza tanto el daño emergente como el lucro cesante.

¹¹⁸ STS 6780/2007, de 16 de octubre de 2007 (ES:TS:2007:6780), FJ 3º.

¹¹⁹ STS 2050/2016, de 6 de abril de 2006, (ES:TS:2016:2050).

3.1.2. Antijuridicidad

El artículo 32.3 LRJSP establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de todo daño derivado de la aplicación de las leyes que no tengan el deber jurídico de soportar. Por tanto, se condiciona la antijuridicidad del daño a que el particular no esté obligado a soportarlo¹²⁰.

El daño deviene antijurídico cuando la norma jurídica resulta contraria a la Constitución o al DUE, de modo que el origen del daño está en la aplicación de una norma jurídica ilícita, siendo necesario que la lesión sea consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria a la Constitución o al DUE.

Dicho lo cual, conviene destacar que en el ordenamiento jurídico español no existe mecanismo alguno para determinar que una norma española es contraria al ordenamiento comunitario, de forma que son los jueces nacionales los que deben inaplicar el Derecho interno que resulte contrario al Derecho de la Unión Europea.

No se olvide que la apreciación de la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro por una norma contraria al Derecho comunitario corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo que se les encomienda la protección efectiva de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico de la UE¹²¹.

3.1.3 Obtención de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño

Con esta exigencia, el Legislador español pretende que el particular recurra contra la validez de la norma jurídica a la que resulte atribuible el daño en vía

¹²⁰ Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, la antijuridicidad se manifiesta “no ya porque sea contraria a derecho la conducta que la motiva, sino porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar”. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Navarra (2015), pág. 451, en MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 112.

¹²¹ Así lo manifiesta el TJUE en su Sentencia de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04; EU:C:2007:161).

jurisdiccional, hasta obtener una “*sentencia desestimatoria firme*”, si no quiere soportar los perjuicios que de su aplicación se le deriven.

La exigencia de este requisito se puede vincular con la diligencia del particular para evitar el daño derivado de la aplicación de la norma contraria al DUE, de forma que, si no hubiese recurrido el acto de aplicación, no habría empleado la diligencia necesaria para evitar el daño y, por tanto, vendría obligado a soportarlo. Pero de este modo la viabilidad de la acción de responsabilidad del Estado Legislador quedaría supeditada al agotamiento previo de los recursos internos que el ordenamiento jurídico nacional pone a disposición del particular, incluso cuando el resultado previsible de tales recursos resulte contrario a sus intereses, y la compatibilidad de este requisito legal con el ordenamiento comunitario resulta cuando menos discutible.

Tan es así que el propio TS expresó la posible incompatibilidad de una condición de esta índole con los principios de equivalencia y efectividad, cuando planteó la cuestión prejudicial al TJUE que dio lugar a la sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*.

El TJUE respondió en dicha sentencia¹²² que “*el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia (...) solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley*”.

Por tanto, la regulación establecida por el legislador en la LRJSP resulta contraria con la interpretación realizada por el TJUE, desde el punto de vista de los principios de efectividad y equivalencia. ALONSO GARCÍA entiende que el principio de equivalencia “quedaría incólume”, puesto que nuestra Ley exige esta condición para los supuestos en que el Legislador nacional incumple el Derecho europeo y para cuando

¹²² STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, (C-118/08; EU:C:2010:39), apartado 48.

se trata de reclamar la obligación resarcitoria ante leyes inconstitucionales¹²³. Aun así, incumpliría el principio de efectividad, por lo que los tribunales de lo contencioso-administrativo, incluido claro está el TS, pueden inaplicar este concreto punto de la regulación vigente, si la consideran nítidamente contraria a dicho principio o, alternativamente, elevar la pertinente cuestión prejudicial al TJUE para que sea éste quien les ilumine en ese análisis.

MORENO QUIRÓS entiende que la exigencia objeto de análisis también puede resultar contraria al principio de proporcionalidad, puesto que, partiendo de la base de que este principio permite resolver el conflicto entre intereses legítimos, de forma que la prevalencia de uno de ellos se decida con el sacrificio estrictamente indispensable del otro, el sacrificio que se impone aquí al interés del particular “va más allá de lo indispensable”, resultando excesivo e injusto¹²⁴.

El particular sólo podrá obtener una sentencia firme desestimatoria, si agota la vía administrativa revisora primero y la jurisdiccional después contra, según el tenor literal del precepto, frente a la actuación administrativa causante del daño, lo que plantea un nuevo problema: ¿Qué sucede cuando no hay un acto administrativo de ejecución de la ley? Sea porque dicha ley no ha sido aprobada y la responsabilidad exigible derive del incumplimiento de la obligación del Legislador de trasponer en tiempo y forma al ordenamiento jurídico interno una norma del Derecho de la UE, o sea porque se trate de una ley que no precisa la intervención de la Administración para desplegar sus efectos¹²⁵.

¹²³ En ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 171.

¹²⁴ Así lo expone, en términos similares, MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, págs. 124-126.

¹²⁵ Supuesto que ya se le ha planteado al TS. En la Sentencia 359/2019, de 8 de febrero de 2019 (ES:TS:2019:359), el TS resolvió una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por prever la posibilidad de optar por una figura jurídica que otorgaba al reclamante un privilegio fiscal que, con posterioridad, fue considerado por la Comisión Europea como una ayuda de Estado ilegal. Concretamente, el Real Madrid Club de Fútbol tributaba en el Impuesto de Sociedades en el régimen de entidades parcialmente exentas, en virtud de lo expuesto en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, la cual fue declarada por la Comisión contraria con el ordenamiento europeo, el 4 de julio de 2016, por incumplir lo dispuesto en el artículo 108.3 TFUE, porque se trataba de una ayuda no compatible con el mercado interior.

No hay duda de que la regulación vigente convierte la acción resarcitoria en una acción subsidiaria de la principal dirigida a anular el acto administrativo que ejecuta una disposición legislativa contraria al DUE, pues la LRJSP impone a los perjudicados el deber de articular recurso, no solo en vía administrativa, sino también judicial, para obtener una sentencia judicial firme que le habilite a realizar la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado. En suma, les exige una exagerada diligencia en la defensa de sus derechos¹²⁶.

En relación con este mismo requisito, conviene destacar la excepción acuñada por el TS, en su Sentencia de 21 de mayo de 2018¹²⁷, relativa a la innecesaridad de plantear recurso de reposición cuando se impugnan ciertos actos de las entidades locales con fundamento en la inconstitucionalidad de la ley que les presta cobertura, porque surge la cuestión de si tal planteamiento opera también en los supuestos en los que el motivo de impugnación es la incompatibilidad de la ley con el DUE.

A esta cuestión intenta responder ALONSO GARCÍA, quien en principio entiende que tal excepción también podría operar para el caso del incumplimiento del Derecho comunitario, porque resultaría conforme con los principios europeos de equivalencia y efectividad, en el sentido de que la excepción del recurso de reposición operaría en los dos regímenes de responsabilidad contemplados en nuestro Derecho, y porque los órganos locales no tienen capacidad para plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad ni tampoco cuestión prejudicial ante el TJUE.

Termina entendiendo esta autora, no obstante, que en todos los supuestos el agotamiento de la vía administrativa es necesario, puesto que en el caso de leyes contrarias al Derecho europeo, son los jueces los únicos que ostentan la facultad de plantear cuestión prejudicial al TJUE, a lo que se añade que la exclusión del recurso de

¹²⁶ De este modo, ALONSO GARCÍA expone los distintos problemas que plantea esta exigencia. En primer lugar, si en el sentido de agotar todos los recursos previos, los perjudicados deben llegar hasta el recurso de casación del TS. En segundo lugar, el hecho de si el precepto legal, tal y como ha quedado configurado, permite mantener la distinción entre las acciones dirigidas a anular los actos administrativos dictados en ejecución de ley contraria al DUE y las tendentes a exigir la responsabilidad al Legislador autor de la misma. Y, en tercer lugar, en el caso de que la respuesta al anterior fuese negativa, cuál sería el cauce procesal oportuno para obtener sentencia firme desestimatoria. En ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, págs. 179 a 188.

¹²⁷ STS 3272/2018, de 21 de mayo de 2018 (ES:TS:2018:3272).

reposición no parece acorde con lo dispuesto en el artículo 31.2 LRJSP, en el sentido de que exige una sentencia que constate la violación del Derecho europeo y no una resolución administrativa¹²⁸.

Y en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de noviembre de 2021¹²⁹, al analizar un recurso de casación interpuesto contra el Auto de la AN de 21 de enero de 2020, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto ante el Auto de 31 de octubre de 2019, por el que se inadmitía el recurso contencioso-administrativo planteado con relación al impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, al entender que debería haberse agotado previamente la vía económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante “TEAC”), en virtud de lo establecido por el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante “LJCA”).

La parte recurrente entendió que la interposición de un recurso administrativo ante el TEAC supone, a la luz de lo dispuesto en la citada STS de 21 de mayo de 2018, una “*carga inútil*”, no siendo necesario agotar la vía económico-administrativa, puesto que sería “*una carga costosa e innecesaria*”.

Ante tal planteamiento, el Alto tribunal, con fundamentación en la jurisprudencia europea¹³⁰, determinó que la necesidad de plantear recurso administrativo previo ante el TEAC, aun no siendo competente para plantear cuestión prejudicial por no poder ser reputado como un “órgano jurisdiccional” a los efectos del artículo 267 TFUE, no se presenta como un “*inútil o ineficaz (...) pues permite garantizar los derechos que reconoce el ordenamiento jurídico de la Unión*”¹³¹.

¹²⁸ Así lo defiende en ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, págs. 189 a 191

¹²⁹ STS 4371/2021, de 16 de noviembre de 2021 (ES:TS:2021:4371).

¹³⁰ Concretamente en la STJUE de 21 de enero de 2020, *Banco de Santander*, (C-274/14; EU:C:2020:17).

¹³¹ STS 4371/2021, de 16 de noviembre de 2021 (ES:TS:2021:4371). FJ 4º.

Así, con mención a lo establecido en la STJUE de 27 de septiembre de 2017, *Pujkar*¹³², defiende que esa reclamación administrativa previa obligatoria sintoniza con el DUE, pues *"el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que subordine la posibilidad de que ejercite la acción judicial (...) a la condición de que esa persona agote las vías de recurso de que disponga ante las autoridades administrativas nacionales, siempre que la regulación concreta del ejercicio de dichas vías de recurso (...) no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de la acción judicial, suponga la interrupción de la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasione gastos excesivos."*

Y, por todo lo expuesto, el Tribunal Supremo concluye, en el fundamento jurídico quinto, que *"la vía económico-administrativa, prevista por la ley, no desvirtúa el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y se adecua al principio de proporcionalidad, desde el momento que puede servir (...) a objetivos de interés general, reconocidos por la Unión o a la necesidad de proteger derechos que la misma garantiza, como así lo expresó el Tribunal de Justicia en la citada sentencia Banco Santander, al recordar la obligación de los órganos económico-administrativos de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resulten contrarias a sus normas lo que, en definitiva comporta conferir a la Administración la oportunidad de reparar situaciones ilegales, contrarias a ese Derecho"*, de forma que *"en los casos en los que, de conformidad con la normativa tributaria, la vía económico-administrativa resulte procedente, será necesario agotarla aun cuando la decisión sobre el fondo del asunto pueda depender, exclusivamente, de la interpretación del Derecho de la Unión Europea, al corresponder a los tribunales económico-administrativos, garantizar su correcta aplicación en los términos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia"*¹³³.

Pues bien, una vez agotada la vía administrativa, procede agotar la vía jurisdiccional hasta obtener la sentencia firme desestimatoria de la pretensión mantenida contra la actuación administrativa dictada en ejecución de la ley que vulnera el ordenamiento comunitario.

¹³² STJUE de 27 de septiembre de 2017, *Pujkar*, (C-73/16; EU:C:2017:725).

¹³³ STS 4371/2021, de 16 de noviembre de 2021 (ES:TS:2021:4371), FJ 6º.

A este respecto, resulta interesante el reciente pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia de 3 de febrero de 2021¹³⁴, con la que resuelve un recurso de casación planteado en relación con los recursos judiciales que permiten dar por cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial previa para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

El recurso de casación se presentó frente al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 18 de diciembre de 2018, donde rechaza la reclamación por el perjudicado de responsabilidad patrimonial del Legislador por entender que éste no formuló recurso contra el acto de liquidación, dejando que ganase firmeza, sin dar trascendencia a la solicitud que presentó para que fuera declarada su nulidad por la vía de revisión de oficio de los actos nulos, pues no cumplió, en opinión de la Sala *a quo*, con el requisito exigido por el artículo 32.4 LRJSP¹³⁵.

El TS, en el FD primero, apartado b), de su Sentencia determina, siguiendo lo manifestado en sus previas SSTS de 14 de septiembre de 2020, 21 de septiembre de 2020 y 22 de octubre de 2020¹³⁶, que *“ha de entenderse que los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito estipulado en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto comprenden todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma*

¹³⁴ STS 315/2021, de 3 de febrero de 2021 (ES:TS:2021:315).

¹³⁵ Así lo expone en el FJ 5º. El supuesto parte de un acto de liquidación de una deuda tributaria que fue satisfecha en 2010, ganando firmeza por no haber sido recurrida. Pero, en el año 2012, el contribuyente decide solicitar la revisión de oficio del mismo y la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad pues consideraba que el precepto en el que se basaba dicha liquidación era contrario a nuestra Carta Magna. Paralelamente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteó cuestión sobre la validez de esta Norma Foral al Tribunal Constitucional, quien en Sentencia 203/2016, de 1 de diciembre de 2016 (ES:TC:2016:203), lo declaró inconstitucional.

¹³⁶ SSTS 1158/2020, de 14 de septiembre de 2020 (ES:TS:2020:1158); 1186/2020, de 21 de septiembre de 2020 (ES:TS:2020:1186) y 1384/2020, de 22 de octubre de 2020 (ES:TS:2020:1384), dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 2486/2019, 2820/2019 y 6717/2019.

que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional. Y que entre estas formas de impugnación se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15”.

El TS ha determinado, por tanto, que la mera solicitud de revisión de oficio en estos casos cumple con los requisitos establecidos por el artículo 32.4 LRJSP, bien es cierto que lo hecho para los supuestos de inconstitucionalidad, lo que no puede ser olvidado, porque los motivos de nulidad de pleno derecho están tasados en el artículo 217.1 LGT.

3.1.4 Alegación de la inconstitucionalidad o la infracción del Derecho comunitario

El Legislador no sólo exige que el particular haya agotado la vía administrativa revisora primero y la vía jurisdiccional después hasta obtener una sentencia desestimatoria firme, sino que además obliga a que, en su recurso en la vía jurisdiccional, el particular haya alegado la inconstitucionalidad o la infracción del Derecho comunitario, lo que, desde el punto de vista del principio de efectividad, plantea serias dudas, porque el TJUE no exige que en un recurso interno previo se haya alegado que la actuación de aplicación de la norma jurídica cuestionada sea contraria al Derecho europeo¹³⁷.

Con este requisito la configuración del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la LRJSP resulta sumamente restrictiva, porque si el particular no alegó la invalidez de la norma jurídica posteriormente declarada, el daño no será antijurídico y, por tanto, se verá obligado a soportarlo.

¹³⁷ Véase por ejemplo la STJUE de 12 de febrero de 2008, *Kemper*, (C-2/06; EU:C:2008:78), en la que afirmó que “(...) este Derecho no exige que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario en el marco del recurso jurisdiccional de Derecho interno interpuesto (...)”.

Se hace muy difícil discutir la tesis de que la vigente regulación legal de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del DUE no respeta las exigencias derivadas del principio europeo de efectividad, puesto que, como dice GALÁN VIOQUE, *“la acumulación de requisitos determina que sea prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener una reparación (...) máxime si, como veremos con posterioridad, a dichos requisitos se le añaden importantes restricciones de índole temporal que unidas a la demora en la resolución de los procesos judiciales imposibilitarían de facto el éxito del ejercicio de la misma”*¹³⁸.

Por si no fuera bastante, los términos en los que ha quedado formulado el artículo 34.5 LRJSP plantean además la cuestión de si también se debe alegar la infracción del DUE en sede administrativa.

Aunque nadie duda hoy en día de que la jurisdicción contencioso-administrativa es plena, su objeto sigue siendo revisar la conformidad a Derecho de los actos, actuaciones y omisiones de la Administración, por lo que debe existir una congruencia entre las pretensiones sustentadas por los interesados en sede jurisdiccional y las mantenidas en la vía administrativa revisora previa, de modo que, aun cuando en el proceso contencioso-administrativo se puedan efectuar alegaciones y motivos de defensa nuevos en pos de la misma pretensión, resulta conveniente que la alegación de la infracción del ordenamiento europeo se efectúe ya en la vía administrativa revisora, porque es la alegación principal que deben formular los perjudicados de cara a un proceso futuro destinado a obtener la indemnización por responsabilidad patrimonial.

Para cerrar este subapartado del trabajo, se debe señalar que atendiendo a las dudas de compatibilidad con el Derecho europeo que plantea la exigencia de estos dos últimos requisitos, es decir, que el particular haya obtenido una sentencia firme desestimatoria y que haya alegado la infracción del DUE, la Comisión interpuso demanda ante el TJUE el 24 de junio de 2020, solicitándole que declare el incumplimiento por el Reino de España de los principios de efectividad y equivalencia

¹³⁸ GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado legislador*, Cedecs, Barcelona (2001), en MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 129.

por la regulación establecida, entre otros, en el artículo 32, apartados 3 a 6 de la LRJSP¹³⁹.

Aunque el Reino de España alegó la inadmisibilidad de la demanda de la Comisión Europea, por entender que ésta solicita una reconfiguración del régimen español de responsabilidad patrimonial en su conjunto, lo que excede del objeto del recurso fijado en su dictamen de 26 de enero de 2018, el Abogado General MACIEJ SZPUNAR, en las conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 2021¹⁴⁰, entiende, por el contrario, que la Comisión identifica expresamente las disposiciones objeto del presente recurso, todas ellas relativas a la responsabilidad del Estado Legislador, desprendiéndose de la propia demanda que *“dicha institución únicamente pone en entredicho el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado Legislador y solo se refiere a la responsabilidad del Estado que se deriva de actos legislativos contrarios al Derecho de la Unión”*¹⁴¹, por lo que no duda sobre la admisibilidad del recurso.

Una vez despejadas las dudas sobre su admisibilidad, el Abogado General entra a analizar el fondo del asunto, esto es, la posible vulneración del principio de efectividad por lo dispuesto en el artículo 32.5 de la LRJSP, para lo que evalúa los tres requisitos contemplados en el citado precepto para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado.

¹³⁹ Con anterioridad a la interposición de la demanda, la Comisión, ante las quejas formuladas por los particulares, inició un procedimiento “EU Pilot” contra el Reino de España el 25 de julio de 2016, que finalizó de manera infructuosa para la Comisión el 18 de enero de 2017, por lo que procedió a iniciar un procedimiento de infracción.

Mediante escrito de 15 de junio de 2017, requirió al Reino de España para que presentara sus observaciones sobre los artículos 32 y 34 de la LRJSP, contestando éste el 4 de agosto de 2017 que tales disposiciones resultaban acordes con los principios europeos de efectividad y equivalencia.

Ante dicha respuesta, la Comisión emitió un dictamen motivado el 26 de enero de 2018 refutando todos los argumentos esgrimidos por el Reino de España, que fue respondido por éste el 14 de marzo de 2018, reiterando su posición de que el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado respeta los principios europeos invocados; si bien el 21 de diciembre de 2018, reconsiderando su anterior posición, remitió a la Comisión un proyecto legislativo dirigido a conformar el Derecho español a las exigencias del ordenamiento comunitario.

El 15 de mayo de 2019 la Comisión expuso que el proyecto resultaría conforme con el principio de equivalencia, pero no con el de efectividad, por lo que tendría que ser modificado, frente a lo cual, el Reino de España contestó el 31 de julio de 2019 que no era posible realizar tales modificaciones, puesto que el Gobierno se encontraba en funciones, interponiendo así la Comisión la citada demanda el 24 de junio de 2020, asunto C-278/20, *Comisión contra el Reino de España*, de los que penden ante el TJUE.

¹⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 9 de diciembre de 2021 en el asunto 278/20, *Comisión Europea contra Reino de España*.

¹⁴¹ *Idem*, conclusión número 27.

En primer lugar, en lo que se refiere al requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del TJUE que declare el acto legislativo incompatible con el Derecho de la Unión Europea, destaca que de la jurisprudencia del TJUE se desprende que no cabe supeditar la reparación de un daño causado por una infracción del DUE a la exigencia de que el TJUE haya declarado previamente la existencia del incumplimiento, de forma que *“es manifiestamente contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y puede hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización de un daño causado por el Estado Legislador”*¹⁴².

El Reino de España adujo que esta exigencia no se puede considerar de ningún modo contraria al principio de efectividad, pues existen otras vías de recurso que permiten exigir la responsabilidad de los poderes públicos de España en caso de infracción del ordenamiento comunitario. Pero el Abogado General entiende que *“ninguna de las vías de recurso invocadas por el Reino de España tiene por objeto la responsabilidad del Estado legislador por actos legislativos contrarios al Derecho de la Unión (...)”*¹⁴³, de forma que tales alegaciones *“no pueden poner en entredicho la apreciación de que el requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia anterior al momento en que se exija la responsabilidad del Estado Legislador es contraria al principio de efectividad”*¹⁴⁴.

En segundo lugar, respecto al requisito relativo a la existencia de una sentencia firme desestimatoria, el Reino de España entendió que deriva de la necesidad de conciliar el principio de seguridad jurídica con el de resarcimiento de los daños ocasionados por el Estado Legislador, lo que en el criterio del Abogado General implica supeditar la responsabilidad del Estado al requisito de que el perjudicado haya interpuesto con carácter previo un recurso contra el acto administrativo adoptado en aplicación de una ley posteriormente declarada incompatible con el Derecho europeo. Y eso es, a su juicio, un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, pues toda persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, por lo que la exigencia de

¹⁴² *Idem*, conclusión número 72.

¹⁴³ *Idem*, conclusión número 74.

¹⁴⁴ *Idem*, conclusión número 78.

este segundo requisito “no es (...) contrario al principio de efectividad (...)”¹⁴⁵. Pero no ocurre lo mismo cuando el daño ha sido directamente causado por la ley, en opinión del Abogado General, pues en tales casos el requisito examinado tiene por efecto impedir el ejercicio de cualquier acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, puesto que no se puede exigir al perjudicado la interposición de un recurso contra un acto administrativo inexistente, por lo que, en definitiva, “el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015 es contrario al principio de efectividad en la medida en que dicha disposición supedita en todo caso la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador a raíz de la infracción del Derecho de la Unión a que el perjudicado ejercite con carácter previo una acción contra un acto administrativo incluso cuando el daño se deriva directamente de la ley”¹⁴⁶.

En tercer y último lugar, sobre el requisito relativo a que el perjudicado haya alegado con anterioridad la infracción del DUE, si bien es cierto que la interposición de un recurso contra el acto lesivo atestigua que el perjudicado ha actuado diligentemente, a juicio del Abogado General, “tal exigencia supondría, imponer a los perjudicados una carga que va más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar de ellos para limitar la importancia del perjuicio”¹⁴⁷, de lo que resulta que “el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015 es contrario al principio de efectividad”¹⁴⁸.

Con sustento en lo anterior, el Abogado General propone al TJUE que “declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad como límite a la autonomía procesal de que gozan los Estado miembros (...) al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6 (...) de la Ley 40/2015”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Idem*, conclusión número 84.

¹⁴⁶ *Idem*, conclusión número 91.

¹⁴⁷ *Idem*, conclusión número 103.

¹⁴⁸ *Idem*, conclusión número 104.

¹⁴⁹ *Idem*, conclusión número 128.

3.2. Requisitos sustantivos específicos para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea.

Aunque aparentemente la regulación legal vigente otorga un tratamiento unívoco a los supuestos de inconstitucionalidad y a los supuestos de incumplimiento del DUE¹⁵⁰, lo cierto es que dicha equivalencia no se da cuando se establecen los requisitos materiales, heredados de la jurisprudencia europea, que son exigidos solamente para el supuesto de la vulneración del Derecho comunitario.

Tales requisitos son: (1) que la norma violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares [artículo 32.5.a) LRJSP], (2) que la vulneración esté suficientemente caracterizada [artículo 32.5.b) LRJSP], y (3) que exista un nexo de causalidad directo entre el incumplimiento de la obligación impuesta por el DUE y el daño sufrido por los particulares [artículo 32.5.c) LRJSP]¹⁵¹.

3.2.1 La norma violada debe tener por objeto conferir derechos a los particulares.

La exigencia del artículo 32.5.a), relativa a que la norma vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, resulta problemática en su exégesis. Queda claro que no cualquier ilícito legislativo dará lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, puesto que la norma vulnerada deberá otorgar un derecho al particular, pero el Legislador no ha definido un concepto que comprenda la generalidad de los supuestos que pueden quedar incluidos en su ámbito de aplicación.

Conviene advertir que la previsión del derecho del particular que la norma europea vulnerada otorga no tiene por qué hacerse de manera absolutamente precisa, resulta

¹⁵⁰ Opina ALONSO GARCÍA a este respecto que, tal vez esa apariencia de igualdad de regímenes se deba al adelantamiento de los promotores de la Ley a “*un posible reproche del Tribunal de Justicia sobre la vulneración que al principio de equivalencia supone la diferenciación de regímenes indemnizatorios*”. En ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 156.

¹⁵¹ A este respecto, se debe recordar que tanto el TS, en su Sentencia 3603/2014, de 22 de septiembre de 2014 (ES:TS:2014:3603), relativa al trato discriminatorio hacia las empresas no residentes en nuestro país a efectos del Impuesto de Sociedades, como el Consejo de Estado, en sus dictámenes, entre otros, en el dictamen número 341/2011, de 5 de mayo, han considerado que el principio de equivalencia solo es de aplicación a los requisitos procesales, pero no a las exigencias de carácter material de la responsabilidad patrimonial del Estado.

suficiente, con frecuencia, la mera alusión a un concepto jurídico indeterminado susceptible de ser incorporado al ordenamiento jurídico nacional, para poder entender su voluntad de atribuirlo a los particulares¹⁵².

Como defiende MORENO QUIRÓS, “*hubiese sido deseable que el legislador no se hubiera limitado a reproducir los requisitos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima necesarios para apreciar la responsabilidad (...) destacando (...) la ausencia de un precepto concreto que permita aclarar tanto las conductas que pueden generar responsabilidad patrimonial como la fuente y el modo de configuración de los derechos del particular cuya lesión debe ser objeto de compensación*”¹⁵³. A pesar de ello, este mismo autor destaca que, basándose en la jurisprudencia europea, habrá que entender que la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador podrá tener su origen en cualquier acción u omisión normativa atribuible al Estado miembro, siempre que la fuente del derecho que el ordenamiento europeo confiere al particular tenga un contenido claro e incondicional¹⁵⁴.

En el mismo sentido se manifestó el TS, en Sentencia de 17 de octubre de 2017¹⁵⁵, pues frente a la tesis del abogado del Estado de que la regulación europea vulnerada no confería ningún derecho a los particulares, considera “*evidente que (de) la adaptación del derecho estatal al europeo se derivarían derechos a los particulares*”.

Finalmente, respecto a este requisito, se debe señalar que si es la actitud omisiva del Estado con el DUE la que impide al particular el ejercicio del derecho que éste le confiere, resulta igualmente obligado a compensarle económicamente los daños y perjuicios causados, puesto que si no se estaría conculcando el principio europeo de

¹⁵² El TJUE, ya desde su Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (C-26/62; EU:C:1963:1), viene entendiendo que este requisito concurre cualquiera que sea la fuente del DUE que reconozca un derecho subjetivo, toda vez que esos derechos nacen, no solo cuando el ordenamiento europeo los atribuye de modo explícito, sino también en razón de las obligaciones que el mismo impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados Miembros y a las Instituciones Europeas, siempre que tenga un contenido claro e incondicional.

¹⁵³ MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 133.

¹⁵⁴ STJUE de 15 de junio de 1999, *Rechberger* (C-140/97; EU:C:1999:306), apartados 22 y 23.

¹⁵⁵ STS 3661/2017, de 17 de octubre de 2017 (ES:TS:2017:2661).

equivalencia¹⁵⁶. De hecho, esta es la tesis seguida por el TS en su Sentencia de 21 de noviembre de 2019¹⁵⁷, relativa a la denominada “*plusvalía municipal*”. A partir del fallo del Tribunal Constitucional en su Sentencia 59/2017¹⁵⁸, en el que declaraba la inconstitucionalidad parcial de los artículos 107.1 y 107.2.a) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, el TS estima la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, reconociendo el derecho de la parte reclamante a recibir una indemnización, cuando resulte acreditado que los terrenos de naturaleza urbana sometidos al gravamen no experimentaron un incremento de valor¹⁵⁹.

3.2.2 La exigencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada en nuestro ordenamiento.

Se trata de uno de los requisitos propios del DUE y de los establecidos por la jurisprudencia del TJUE, como se ha visto anteriormente, de forma que los Estados miembros están vinculados plenamente por él, pero su aplicación debe respetar siempre los principios europeos de equivalencia y efectividad.

Cabe cuestionarse si, precisamente por las exigencias del principio de equivalencia, nuestro ordenamiento interno debería prescindir de exigir la presencia de una violación suficientemente caracterizada para dar lugar al derecho al resarcimiento.

Tal planteamiento ha sido formulado tanto por la doctrina¹⁶⁰ como por el propio TS, quien en su Sentencia de 22 de septiembre de 2014¹⁶¹ declaró que subsistía la duda

¹⁵⁶ Así lo entiende ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 163, pues no solo lo establecen los principios europeos, también el Derecho interno cuando aprecia la responsabilidad por los daños causados por normas inconstitucionales que no son auto-aplicativas.

¹⁵⁷ STS 3808/2019, de 21 de noviembre de 2019 (ES:TS:2019:3808).

¹⁵⁸ STC 59/2017, de 11 de mayo de 2017 (ES:TC:2017:59), FJ 3º.

¹⁵⁹ Este fallo sigue la misma doctrina que adoptó en la previa Sentencia de 9 de julio de 2018, FD octavo, donde señalaba que, si los sujetos pasivos del tributo lograban demostrar, por cualquiera de los modos que la misma Sala establece en el FD quinto, la inexistencia del incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, se han de rectificar las autoliquidaciones efectuadas y proceder a la devolución de los ingresos por dicho concepto.

¹⁶⁰ Así lo defienden, entre otros, GUICHOT REINA, CARRILLO DONAIRE y LÓPEZ MENUDO en su crónica jurisprudencial sobre “*Responsabilidad administrativa*”, en *Justicia Administrativa*, número 60, (2013), pág. 200.

de si ese requisito podía resultar contrario al principio comunitario de equivalencia y llegó a plantearse incluso la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial al TJUE¹⁶².

La situación es la siguiente: para la responsabilidad patrimonial por vulneración del DUE se exige que el incumplimiento sea manifiesto y grave, pero para la responsabilidad patrimonial por vulneración de la Constitución no se exige tal cualificación en la norma legal causante del daño, basta con que se haya declarado el incumplimiento, sin necesidad de valorar su entidad¹⁶³.

Lo anterior determina que, como expone ALONSO GARCÍA, “*el régimen jurídico utilizado para apreciar la responsabilidad patrimonial en que incurre el Legislador por la adopción de leyes antieuropeas sea menos favorable que el aplicable cuando se trata de leyes inconstitucionales*”¹⁶⁴, lo que podría suponer una conculcación del principio europeo de equivalencia¹⁶⁵.

Hay que recordar, no obstante, que el ámbito de aplicación del principio de equivalencia no es el de los requisitos sustanciales, sino que es el de los requisitos procedimentales, de forma que, en el fondo, dicho principio no resulta un argumento incontestable para justificar la exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que, si los requisitos de

¹⁶¹ STS 3717/2014, de 22 de septiembre de 2014 (ES:TS:2014:3717).

¹⁶² Pero no llegó finalmente a hacerlo, limitándose a declarar, en providencia de 7 de abril de 2014, que realmente “*no existe auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el TJUE*”.

¹⁶³ En cualquier caso, conviene precisar que el carácter grave y manifiesto de la infracción se debe poner en conexión con el margen interpretativo del que dispone un Estado de la regulación europea.

¹⁶⁴ ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 168.

¹⁶⁵ Puesto que tal y como establece el TJUE en su jurisprudencia, como recuerda en su sentencia de 19 de junio de 2014, *Specht y otros* (C-501 a 506 y 540 y 541/12; EU:C:2014:2005), apartado 112: “*a falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades procesales dirigidas a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión se determinan por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno*”.

fondo de los ordenamientos estatales fuesen menos restrictivos, se aplicarían éstos, por resultar la condición más beneficiosa¹⁶⁶.

Dicho más claramente: para el supuesto de que el régimen interno estatal exija menos requisitos o lo haga con menor intensidad, el mínimo común resarcitorio del DUE quedará desplazado o sustituido por éste¹⁶⁷.

Lo que hay que determinar en este punto es si, efectivamente, nuestro sistema de responsabilidad patrimonial por una ley declarada inconstitucional es menos estricto que el exigido por una ley contraria al DUE.

Consciente del problema que plantea la aplicación del requisito de la violación suficientemente caracterizada, nuestro Consejo de Estado ha considerado, sin entrar en el detalle de los argumentos que avalan su tesis, que el régimen español de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no es más beneficioso que el impuesto por el DUE¹⁶⁸, por lo que, a su juicio, procede exigir siempre el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

Nuestro TS ha realizado un análisis más acabado de la cuestión a través de su jurisprudencia. En un primer momento, ante un recurso contra la negativa

¹⁶⁶ Así lo ha venido señalando el TJUE en sus principales sentencias sobre esta materia. En la sentencia *Francovich*, apartado 43, dijo 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*”. En la sentencia *Brasserie du Pêcheur*, apartado 66, mantuvo la idea de que “*los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante que, con arreglo al derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*”.

¹⁶⁷ En términos similares se refiere COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 205.

¹⁶⁸ Así lo establece en el dictamen de 23 de septiembre de 2010, número 1228/2010, al analizar una petición indemnizatoria basada en los daños ocasionador por una ley impositiva española declarada con posterioridad incompatible con el Derecho comunitario, defendiendo que “*la responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del Derecho de la Unión Europea ha de reputarse según las reglas sustantivas europeas, (...). Para analizar (...) el eventual desplazamiento de las normas europeas en virtud del régimen nacional en su caso más favorable, habría de partirse de la norma establecida al efecto (...)*” por lo que “*(...) parece claro que la estricta regla que rige en nuestro Derecho la responsabilidad del Estado legislador no resultaría a estos efectos más beneficiosa, de modo que habrá de examinarse la solicitud de indemnización conforme a las reglas europeas y de acuerdo al régimen general de responsabilidad de la Ley 30/1992 (...)*”, derogada en la actualidad por las Leyes 39 y 40/2015.

gubernamental a indemnizar por la aplicación de una ley impositiva contraria al ordenamiento europeo, entendió, en su Sentencia de 18 de enero de 2012¹⁶⁹, que el requisito de la violación suficientemente caracterizada debía exigirse, tanto por el juego del “*principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión*” como por “*la constatación [de que] el requisito de la antijuridicidad del daño depende, cuando es causado por la aplicación de un acto o norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, (...), en función de la naturaleza y características de ésta. De ahí, (...), que desde esa perspectiva (...) no sean necesariamente y en todo caso términos iguales, a los que el margen deba ser el mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión común a todos ellos*”.

Es claro que la aplicación uniforme del DUE de la que habla el TS no es sinónimo de una aplicación idéntica, se trata de la existencia de una base igual para todos que permite establecer criterios más favorables, puesto que, si no se interpreta de este modo, se iría en contra del principio de responsabilidad exigido por el ordenamiento europeo.

Más recientemente, en la citada sentencia de 22 de febrero de 2014¹⁷⁰, el TS ha confirmado su tesis: la diferencia existente entre los efectos de una ley declarada inconstitucional por el TC y los efectos de una ley declarada incompatible con el DUE por el TJUE no permite aplicar el principio de equivalencia, porque “*no existe auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, que el principio de equivalencia y efectividad no resulta de aplicación al presente caso*”.

El proceso interpretativo seguido por nuestro TS comporta que, en la actualidad, si no se acredita la violación suficientemente caracterizada del DUE, no se concede la solicitada reparación de los perjuicios ocasionados irrogados por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión.

¹⁶⁹ STS 266/2012, de 18 de enero de 2012 (ES:TS:2012:266), FJ 4º.

¹⁷⁰ STS 3717/2014, de 22 de septiembre de 2014 (ES:TS:2014:3717), FJ 4º.

Aun así, no conviene olvidar que, como señala COBREROS MENDAZONA, “cuando nos encontramos con una reclamación indemnizatoria de este tipo, estamos aplicando Derecho de la Unión Europea y, por lo tanto, debe ser esta óptica la que predomine, pues se trata de materializar unos principios supranacionales en un sistema estatal concreto”¹⁷¹.

De hecho, el TJUE consideró, en su sentencia 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*¹⁷², que entre ambos regímenes de responsabilidad, el europeo y el nacional, existían suficientes semejanzas de fondo, como para entender que la imposición de unas exigencias procedimentales más estrictas para los daños producidos por el incumplimiento del DUE resulta contraria al principio de equivalencia. Concluyó allí que las dos reclamaciones tienen “*exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado*”, residiendo la única diferencia en el Tribunal que declara la infracción jurídica, la cual “*no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia*”.

Realmente, el sujeto que actúa es el mismo, el legislador estatal; el objeto es muy parecido, se trata de una actuación u omisión legislativa que produce un daño; la causa muy similar, se debe a una actuación contraria a Derecho, ya sea a la propia Constitución o al DUE y, la finalidad es idéntica, se busca reparar el daño producido¹⁷³.

Cabe concluir, por tanto, que ambos sistemas indemnizatorios son equiparables en uno y otro caso, por lo que sólo resta por comprobar si el sistema español es o no es más beneficioso que el europeo, con respecto al requisito de la violación suficientemente caracterizada.

¹⁷¹ COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, pág. 226.

¹⁷² STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*, (C-118/08; EU:C:2010:39), apartado 36.

¹⁷³ Como dice ALONSO GARCÍA, “*ambos sistemas son similares: en primer lugar, en cuanto al fin que persiguen y el objeto que pretenden alcanzar, que no es otro que la tutela secundaria de los derechos que, reconocidos por una norma, los ciudadanos no han podido hacer valer por la vía de la defensa primaria. Segundo, en cuanto al origen de la responsabilidad patrimonial que quieren hacer valer, que es la ilicitud de una disposición legal por su contradicción con una norma cuya supremacía se le impone, ya sea europea o nacional, según el caso, y tras una declaración en tal sentido adoptada bien por el Tribunal de Justicia de la Unión, bien por el Tribunal Constitucional*”. En ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 169.

A la vista de las interpretaciones realizadas por el TS se puede llegar a la conclusión de que el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes declaradas inconstitucionales es más beneficioso que el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes contrarias al DUE, cuando menos en lo que respecta a la antijuridicidad del daño, puesto que cuando se trata de inconstitucionalidad se prescinden de ciertas notas referidas a la subjetividad de la conducta del sujeto responsable de la lesión para apreciar el nacimiento de la obligación resarcitoria. Así lo ha reconocido el Alto Tribunal en la sentencia de 22 de septiembre de 2014¹⁷⁴: *“la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales no exige, en principio, hacer ninguna valoración sobre la gravedad de la infracción de la Constitución. Mientras que la responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la Unión Europea tiene entre sus condiciones, como es bien sabido, que dicha violación sea suficientemente caracterizada”*.

En definitiva, en tanto que el requisito de la existencia de una violación suficientemente caracterizada no se exige cuando la responsabilidad deviene de la inconstitucionalidad de una ley, el sistema español de responsabilidad patrimonial atendería contra el principio europeo de equivalencia.

Precisamente por ello la Comisión europea decidió abrir un expediente por incumplimiento contra el Reino de España por esta regulación. Al margen de las diferencias entre los requisitos procesales que a continuación serán analizados, la Comisión decidió activar su legitimación procesal por la vía del artículo 258 TFUE, de forma que con fecha 24 de junio de 2020¹⁷⁵ planteó al TJUE la declaración de incumplimiento, porque *“las condiciones de fondo añadidas para las violaciones del Derecho de la Unión vulneran el principio de equivalencia, al someter el resarcimiento de daños provocados por el legislador español en infracción de ese Derecho a condiciones menos favorables que las aplicables cuando se trata de daños debidos a una violación de la Constitución española”*.

¹⁷⁴ STS 3717/2014, de 22 de septiembre de 2014 (ES:TS:2014:3717), FJ 3º.

¹⁷⁵ Recurso de 24 de junio de 2020, *Comisión Europea/Reino de España* (C-278/20).

El Abogado General reconoce, en las Conclusiones presentadas en este asunto C-278/20 con fecha 9 de diciembre de 2021, que el principio de equivalencia exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos sea aplicado indistintamente a los basados en la violación del DUE y a los basados en la infracción del Derecho interno, pero asume que, como había alegado el Reino de España, la regulación española *“únicamente codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los requisitos necesarios para que pueda exigirse la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por una infracción del Derecho de la Unión”*¹⁷⁶, lo que es un elemento decisivo para concluir que no se vulnera el principio de equivalencia, pues los tres requisitos exigidos *“entran en juego en una fase anterior a la de la problemática de la efectividad y equivalencia”*¹⁷⁷.

En suma, si atendemos al criterio del Abogado General, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador regulado en nuestro país en el año 2015 podría quedar desautorizado por el TJUE por su incompatibilidad con las exigencias del principio de efectividad, pero no con las exigencias del principio de equivalencia; no obstante, habrá que esperar a la sentencia del TJUE para ver si ratifica o rectifica el criterio del abogado General.

3.2.3 Nexo de causalidad directo entre el incumplimiento de la obligación impuesta por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

La LRJSP ha diseñado una relación de causalidad directa y exclusiva, de forma que la ausencia de reacción frente al incumplimiento resulta decisiva: si el particular no ejerce una acción previa de reclamación, no nace su derecho a obtener la reparación de los daños que le haya causado la aplicación de la norma declarada incompatible con el DUE.

¹⁷⁶ *Idem*, conclusión número 117.

¹⁷⁷ *Idem*, conclusión número 121.

Se trata de un requisito que se enuncia en el asunto *Franovich*, sin adjetivación alguna, pero al que en *Brasserie* ya se le añade la exigencia de que sea una relación de causalidad directa entre tal violación y el daño¹⁷⁸.

A estos efectos, se debe señalar que el hecho de que el daño no quede acreditado mediante la oportuna prueba, o que éste no sea cierto o indemnizable, conlleva la ruptura del nexo de causalidad¹⁷⁹.

No obstante, en la mayoría de los supuestos en los que el incumplimiento del DUE es imputable a una disposición legal, la relación causal es prácticamente automática¹⁸⁰, sin que se pueda afirmar que dicho nexo pueda verse interrumpido por la presencia de “*actos concomitantes por parte de la Administración competente*”.

Esto es lo que sucede, por ejemplo, en la ya citada Sentencia sobre *Canal Satélite Digital*¹⁸¹, en la que se mantiene que si los daños son consecuencia de normas con rango de ley, los posibles actos concretos de aplicación no son más que manifestaciones de lo dispuesto en dichas normas legales y, por ende, su intermediación no rompe con la relación causal.

Sin perjuicio, claro está, de que la misma pueda verse modulada por la intervención de otros sujetos en lo relativo a la producción del daño¹⁸².

¹⁷⁸ STJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* (C-46/93 y 48/93; EU:C:1996:79), apartado 51.

¹⁷⁹ En términos similares se refiere ALONSO GARCÍA, M.C., *op.cit.*, pág. 97.

¹⁸⁰ Así lo advierte XIOL RÍOS, J.A., “*La responsabilidad patrimonial por acto legislativo*”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A., “*La responsabilidad civil y su problemática actual*”, Dykinson, Madrid (2007), pág. 1044; en ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 97.

¹⁸¹ STS 4076/2003, de 12 de junio de 2003 (ES:TS:2003:6692A)

¹⁸² Este fue uno de los argumentos utilizados en la SAN 2781/2002, de 7 de mayo de 2002, (ES:AN:2002:2781) sobre multipropiedad, en la que se alegó que el perjuicio sufrido por los demandantes se debía a la concurrencia de varias culpas: (i) de un lado, la del Estado, al no cumplir con su obligación de trasposición de las Directivas y, de otro, (ii) la de los contratantes que suscribieron sus contratos con las víctimas, que además se negaron a la resolución de los contratos y a la devolución de las cantidades entregadas. Sin embargo, la Sentencia no acepta esta argumentación y, entiende que el perjuicio es directamente imputable al Estado español, por no transponer al Derecho nacional la Directiva 94/47CE, con lo que hubiera evitado la producción de los perjuicios causados.

De este modo, la lesión que se imputa ha de ser consecuencia de la aplicación de una norma jurídica ilícita, de tal forma que, si no se produce la declaración de inconstitucionalidad o no conformidad con el ordenamiento europeo, no nace la obligación de indemnización.

Como ha señalado el TS¹⁸³, *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, (...) puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente (...) como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados (...), de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para reducir el resultado final”*.

No obstante, como señala MIR PUIGPELAT, *“la posición de la jurisprudencia no es clara a este respecto”*, de forma que *“mientras algunas sentencias abogan por una concepción fáctica (...) de la causalidad, (...) otras, asumen una concepción normativa, mucho más restrictiva que aquella, para justificar la denegación de la indemnización (...)”*¹⁸⁴.

En suma, como el daño no es fruto normalmente de una sola causa, habrá que atender a las circunstancias de cada caso para poder apreciar la responsabilidad de los entes públicos.

El problema es que con la regulación prevista para el régimen de responsabilidad la LRJSP ha diseñado una relación de causalidad directa y exclusiva, dado que la ausencia de recurso por el particular resulta decisiva en la determinación final del resultado lesivo, puesto que si el particular decide no plantear tales recursos, no nacerá su derecho a obtener la reparación de los daños que le ha causado la aplicación de una norma jurídica declarada posteriormente ilícita.

¹⁸³ STS 6241/1998, de 27 de octubre de 1998 (ES:TS:1998:6241), FJ 3º.

¹⁸⁴ MIR PUIGPELAT, O., *“Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”*, en ORTIZ BLASCO, J y MAHILLO GARCÍA, P., *“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid (2009); en MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 143.

Desde la perspectiva del Tribunal de Luxemburgo, la relación de causalidad se puede analizar desde una triple perspectiva:

En primer lugar, en lo relativo a quién corresponde apreciar las circunstancias de tal relación de causalidad. En su Sentencia de 20 de octubre de 2011, *Danfoss y Sauer-Danfoss*¹⁸⁵, señala que en principio corresponde al juez nacional, de forma que la apreciación jurídica de los hechos que permiten determinar la existencia de dicha relación sólo puede ser valorada por el juez nacional en cada caso concreto.

En segundo lugar, en lo que atañe a la cuestión de cómo se debe valorar por el juez nacional esa relación de causalidad. A este respecto, ha determinado que los órganos judiciales se limitarán, fundamentalmente, a identificar como posible criterio la diligencia empleada por la víctima en orden a evitar los daños causados, tal y como reflejó en la Sentencia de 13 de marzo de 2013, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*¹⁸⁶.

Utiliza, por tanto, el criterio de la “diligencia razonable” como parámetro para determinar la procedencia de la indemnización y su cuantía final¹⁸⁷.

Pues bien, en este punto cabe preguntarse si se puede entender, o no, que un particular que no ha agotado la vía de recursos no ha actuado con la diligencia razonable tendente a evitar el daño.

Tomando en consideración las exigencias del principio europeo de equivalencia, la aplicación de una diligencia razonable como criterio para determinar la relación causal entre el daño y la lesión no puede resultar un mero automatismo, de forma que o se recurre o se pierde la acción de responsabilidad, puesto que de lo contrario, la

¹⁸⁵ STJUE de 20 de octubre de 2011, *Danfoss y Sauer-Danfoss* (C-94/10; EU:C:2011:674).

¹⁸⁶ STJUE de 13 de marzo de 2013, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04; EU:C:2013:)

¹⁸⁷ En términos similares se refiere MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 145.

regulación de la acción de responsabilidad patrimonial del legislador vulneraría el principio de efectividad¹⁸⁸.

En tercer y último lugar, en lo que respecta a la determinación de las circunstancias en que podría advertirse una ruptura de la relación de causalidad, el TJUE, en el ya citado asunto *Danfoss y Sauer-Danfoss*, al abordar una reclamación por un tributo declarado contrario al ordenamiento europeo, entiende que tal ruptura se puede oponer como causa para desestimar una reclamación, siempre que el sujeto perjudicado pueda recuperar de forma efectiva el importe que hubiese indebidamente abonado, por existir un recurso concreto que lo haga posible. En sus propias palabras, se podrá desestimar una reclamación por no existir una relación de causalidad directa *“siempre que el comprador pueda, con arreglo al Derecho interno, dirigir dicha reclamación contra el sujeto pasivo y que la indemnización, por este último, del perjuicio sufrido por el comprador no sea imposible en la práctica o excesivamente difícil”*.

Por tanto, atendiendo a la jurisprudencia europea, la falta de diligencia de la víctima no sería causa de ruptura de la relación de causalidad, si se demuestra que la interposición del recurso previsto en la norma interna no es determinante para evitar el daño, por lo que la regulación establecida en la LRJSP resultaría contraria a lo dispuesto por el TJUE, en la medida en que atribuye automáticamente a la falta de recurso del particular la ruptura de la relación causal, sin tener en cuenta si su interposición podría haber evitado de modo efectivo el daño provocado.

Para cerrar el análisis realizado en este subapartado, se debe hacer una mínima referencia a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Éste, en su función interpretativa, viene entendiendo que solo se exonera de responsabilidad a la Administración cuando, concurriendo el resto de requisitos, el daño es imputable en exclusiva a la negligencia de la víctima.

¹⁸⁸ Así se desprende de la jurisprudencia europea. Sirva de ejemplo, lo dispuesto en la anteriormente citada STJUE de 13 de marzo de 2013, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, en el sentido de que se trataría de una regulación que *“(…) hubiera conducido, en cualquier caso, al fracaso de las pretensiones de las demandantes en el litigio principal (…)”*.

En la STS de 28 de enero de 2013¹⁸⁹, afirmó que los requisitos que han de concurrir para apreciar la responsabilidad del legislador son “a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal (...) de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal. c) ausencia de fuerza mayor. d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”, de forma que “tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible (...) aquella que reúna la calificación de antijurídica”, pues “la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido”, salvo “cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público”.

En suma, cabe afirmar que la regulación legal es muy restrictiva y alejada de la posición mantenida tanto por el TJUE como el TS sobre la relación de causalidad.

4 Límites temporales al ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad del Estado Legislador.

Una vez cumplidos todos los requisitos expuestos y siempre que se acredite el incumplimiento del DUE, para ejercitar la reclamación al Estado por los daños que la ley declarada ilegítima ha ocasionado en el patrimonio del perjudicado, se debe dirigir, en primer lugar, escrito en tal sentido al Consejo de Ministros, tal y como establece el artículo 92 LPAC.

Frente a la resolución de éste se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

¹⁸⁹ STS 253/2013, de 28 de enero de 2013 (ES:TS:2013:253), FJ 4º.

4.1.El plazo de un año para instar la responsabilidad del Legislador

El plazo para iniciar la acción indemnizatoria es el previsto en el artículo 67.1 LPAC, según el cual, *“el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”*¹⁹⁰.

Se trata de un plazo de prescripción del derecho a reclamar, cuya falta de ejercicio producirá la extinción del derecho, sin perjuicio de la posibilidad de interrupción del cómputo, como cualquier otro plazo de prescripción.

Este plazo de prescripción de un año no se debe confundir con el plazo contemplado para solicitar la devolución de ingresos indebidos en materia tributaria, dada la distinta naturaleza de ambos cauces, pues, en palabras del TS, la reclamación de responsabilidad patrimonial *“es ajena a dicho actos, en la medida en que no pretende la nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la Administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa”*¹⁹¹.

Tampoco se puede comparar el meritado plazo de prescripción con el establecido para hacer efectivo el derecho al cobro de la indemnización reconocida. En este sentido, MORENO QUIRÓS recuerda que, *“una vez fijada la indemnización por acto administrativo firme o por sentencia firme, el plazo de prescripción del derecho a exigir el pago es de cuatro años”*¹⁹².

¹⁹⁰ En su vigente regulación el plazo de un año se mantiene en los mismos términos que preveía el derogado artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pese a que en el Anteproyecto se planteó la sustitución de este plazo de prescripción por un plazo de caducidad. Fue el Consejo de Estado, con su dictamen 275/2015 sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, quien disuadió a los autores sobre la oportunidad de mantener el cambio propuesto, como sigue: *“no es baladí ni constituye una mera cuestión semántica. Prescripción y caducidad son instituciones bien distintas. La primera, con carácter general, no se aprecia de oficio y es susceptible de interrupción, mientras que la caducidad sí es apreciable de oficio y no puede interrumpirse. Sustituir el plazo de prescripción por un plazo de caducidad restringiría notablemente, por la diferente naturaleza de cada una de estas instituciones, las condiciones para el ejercicio del derecho previsto en el artículo 106.2 de nuestra Constitución”*.

¹⁹¹ STS 4836/2000, de 13 de junio de 2000, (ES:TS:2000:4836), FJ 9º.

¹⁹² MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 155.

Respecto al criterio para el cómputo del plazo de un año, a pesar de aparentar ser un tema menor, constituye un elemento de una enorme relevancia práctica y resulta esencial para organizar adecuadamente el régimen jurídico de la prescripción¹⁹³.

El citado artículo 67.1 *in fine* dispone: “*en los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea*”.

Así, al ser de aplicación la norma general de cómputo de plazos fijados en años, el inicio del cómputo del plazo tendrá lugar, conforme al artículo 30 de la LPAC, a partir del día siguiente a aquel en que se publique la sentencia y el plazo concluirá el mismo día en que se produjo la publicación.

Conviene destacar que las exigencias del principio europeo de efectividad impiden establecer un plazo que por su reducida extensión haga imposible o muy difícil reclamar, tal y como lo afirma el TJUE en su Sentencia de 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer*¹⁹⁴, puesto que “*una normativa de esta índole debe establecer un plazo suficiente para garantizar la efectividad del derecho a la devolución*”, debiendo tratarse de un plazo razonable y adecuado para que se pueda producir la reparación de los daños causados por una norma contraria al ordenamiento de la UE.

Más recientemente, en la Sentencia de 12 de diciembre de 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*¹⁹⁵, el TJUE ha destacado que “*el principio de efectividad no se opone a que una normativa nacional reduzca el plazo en que puede reclamarse la devolución de las cantidades pagadas cuando se ha infringido el Derecho de la Unión, a condición, no solamente de que el nuevo plazo establecido*

¹⁹³ En términos similares se refiere CANO CAMPOS, T., “*El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la actio nata*”, Revista de Administración Pública, núm. 210, págs. 175-216.

¹⁹⁴ STJUE de 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer* (C-62/00; EU:C:2002:435), apartado 36.

¹⁹⁵ STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation* (C-362/12; EU:C:2013:834), apartados 37 y 38.

presente un carácter razonable, sino también de que esa nueva normativa contenga un régimen transitorio que permita a los justiciables disponer de un plazo suficiente, (...) para poder presentar las solicitudes de devolución (...). De ello, se deduce que el principio de efectividad se opone a una normativa nacional que reduce con efecto retroactivo y sin régimen transitorio, el plazo para solicitar la devolución de las cantidades pagadas infringiendo el Derecho de la Unión”.

Por tanto, los Estados miembros disponen de amplia libertad para la configuración de los plazos, siempre que, por exigencias de los principios de efectividad y confianza legítima, no se trate de un plazo más restrictivo establecido con carácter retroactivo y sin régimen transitorio, puesto que eso supondría dejar a los particulares un plazo demasiado corto para ejercitar su derecho.

Finalmente, en lo que atañe al cómputo del plazo para reclamar, se debe señalar que, para el caso de sentencias en las que el juez nacional inaplica la norma del derecho interno por considerarla contraria al DUE, el *dies a quo* será el día en el que se pronunció el TS sobre la contrariedad de la norma nacional con el Derecho europeo¹⁹⁶.

En este sentido, se lee en la STS de 3 de octubre de 2006¹⁹⁷: *“según la jurisprudencia de esta Sala sobre el cómputo del plazo de prescripción de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, ésta no puede ejercitarse sino desde el momento en que resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Esta doctrina tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (...) del principio de actio nata (nacimiento de la acción), según el cual el plazo de prescripción de la acción comienza en el momento en que ésta puede ejercitarse, y esta coyuntura sólo se perfecciona cuando concurren los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad”.*

Por lo tanto, si los daños no quedan definitivamente establecidos con la sentencia anulatoria, no es la fecha de la misma la que marca el inicio del cómputo, sino que

¹⁹⁶ STS 312/2015, de 3 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:312).

¹⁹⁷ STS 5580/2006, de 3 de octubre de 2006 (ES:TS:2006:5580), FJ 3º.

habrá de estarse a la fecha de concreción definitiva de los efectos dañosos, pues, en las propias palabras del Alto Tribunal, *“no puede ser otro día a quo para determinar el comienzo de la prescripción que el día de la notificación de la resolución judicial declarando firme la sentencia y ello porque el problema requiere una clarificación, que debe venir por la conjunción de dos factores, a saber: que el daño se declara y manifiesta a la esfera jurídica cuando es anulado en vía administrativa o judicial un acto administrativo en una resolución firme que así lo acuerde, y que el cómputo del plazo para ejercitar la acción para exigir responsabilidad patrimonial de la Administración, en virtud de la tesis de la actio nata sólo puede comenzar cuando ello es posible (y es posible cuando, como es el presente caso, los daños están determinados tanto en su aspecto jurídico como material y, lógicamente, tenga conocimiento el agraviado de tales circunstancias jurídicas que concluyen tal determinación). De ahí que quepa concluir que la prescripción emprende su curso sólo cuando el perjudicado conoce que el acto administrativo ha sido anulado y que esta anulación es firme”*.

De este modo, la jurisprudencia del TS ha venido considerando como fecha de inicio del cómputo del plazo prescriptivo la de la notificación al interesado de la sentencia firme que anula el acto o disposición administrativa¹⁹⁸.

Lo anterior obliga, sin embargo, a plantear la manera en que dicha firmeza se produce. El artículo 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”), en su apartado tercero, señala: *“son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la Ley”*.

Ahora bien, en este punto, hay que cuestionarse qué sucede si el TS no emite ningún pronunciamiento al respecto, porque, por ejemplo, decida inadmitir a trámite el recurso de casación planteado por la parte recurrida en la instancia contra una sentencia del TSJ o de la Audiencia Nacional que inaplica el derecho interno¹⁹⁹ al entender que contradice el DUE, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial al TJUE, por

¹⁹⁸ Así se deduce, entre otras, de las SSTS 1813/2003, de 17 de marzo de 2003 (ES:TS:2003:1813) y 5331/2006, de 19 de septiembre de 2006 (ES:TS:2006:5331).

¹⁹⁹ STJUE de 6 de octubre de 1982, *CILFIT/Ministero della Sanità* (C-283/81, EU:C:1982:335).

considerar que se trata de un acto “claro” o “aclarado”, en la conocida terminología de la STJUE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*²⁰⁰.

En ella, el Tribunal de Luxemburgo estableció que los órganos jurisdiccionales nacionales, aun aquéllos cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial interno, no están obligados a plantear cuestión prejudicial si la jurisprudencia del TJUE hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, “*cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de estricta identidad de las cuestiones debatidas*” (“acto aclarado”), o si la correcta aplicación del Derecho de la UE se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable sobre la solución de la cuestión suscitada, en el bien entendido de que “*el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros estados miembros, así como al Tribunal de Justicia*” (“acto claro”).

Con posterioridad, han sido muchos los pronunciamientos del TJUE que han reiterado los antedichos criterios y han perfilado su interpretación. Merece la pena destacar por su importancia la sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia*²⁰¹.

El Tribunal con sede en Luxemburgo comienza recordando “*que la obligación de los Estados miembros de cumplir las disposiciones del Tratado FUE incumbe a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas (...), las autoridades judiciales*”²⁰², de modo que “*en principio, cuando contra la decisión de un órgano jurisdiccional nacional no exista ningún recurso judicial, el órgano jurisdiccional tendrá la obligación, en caso de que se plantee ante él una cuestión de interpretación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de someter la cuestión al Tribunal de*

²⁰¹ STJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (Précompte mobilier)*, (C-416/17; EU:C:2018:811).

²⁰¹ STJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (Précompte mobilier)*, (C-416/17; EU:C:2018:811).

²⁰² STJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (...)*, apartado 106.

*Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero*²⁰³; así, la obligación contemplada en el artículo 267 TFUE “*tiene principalmente como razón de ser impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión*”²⁰⁴ aunque, siguiendo la doctrina del “acto claro” y del “acto aclarado”, “[t]al obligación no incumbirá ciertamente al órgano jurisdiccional nacional cuando este haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata ha sido ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, debiendo valorarse la existencia de tal eventualidad en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión”²⁰⁵.

Por todo ello, el TJUE concluye “*que incumbía al Conseil d’État (Consejo de Estado), en tanto que órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión (...)*”²⁰⁶.

Pues bien, así las cosas, la STS de 9 de abril de 2007²⁰⁷ proporciona el criterio de cómputo que se debe seguir en los supuestos de inadmisión del recurso de casación ante

²⁰³ Cita aquí el Tribunal su “*sentencia de 15 de marzo de 2017, Aquino, C- 3/16, EU:C:2017:209, apartado 42*”. STJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (...)*, apartado 107.

²⁰⁴ De nuevo aquí, recuerda el Tribunal su jurisprudencia, con cita en su “*sentencia de 15 de marzo de 2017, Aquino, C- 3/16, EU:C:2017 :209, apartado 33 y jurisprudencia citada*”.

²⁰⁵ Véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 1982, *Cilfit y otros, 283/81, EU:C:1982:335, apartado 21*; de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito y otros, C- 160/14, EU:C:2015:565, apartados 38 y 39, y de 28 de julio de 2016, Association France Nature Environnement, C- 379/15, EU:C:2016:603, apartado 50*”; STJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (...)*, apartado 110.

²⁰⁶ “*véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C- 160/14, EU:C:2015:565, apartado 44*”; STJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (...)*, apartado 113. De este modo, queda reforzado el carácter objetivo de los criterios del “acto claro” y el “acto aclarado”, puesto que el riesgo de interpretación errónea del Derecho de la Unión Europea obliga al planteamiento de la cuestión prejudicial.

²⁰⁷ STS 2290/2007, de 9 de abril de 2007 (ES:TS:2007:2290), FJ 4º.

el TS, sin que haya razones que justifiquen un criterio distinto con la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo: “*teniendo en cuenta las exigencias del principio pro actione, y de la actio nata (...), la consecuencia obligada es que el inicio del plazo para el cómputo de la prescripción de la acción debe computarse desde la fecha en que el Tribunal Supremo (...) inadmite el recurso*”.

De esta manera, se puede concluir con carácter general que cuando la resolución judicial sea susceptible de recurso, habrá que esperar a que sea firme, de modo que será la fecha de notificación de la resolución que declare la firmeza de la sentencia (y no la notificación de la propia sentencia) la que se debe tomar en consideración a los efectos del *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo.

Por último, respecto al recurso de casación, cabe mencionar además la reciente STS de 28 de enero de 2021, en la que el TS entiende que con la interposición de este recurso extraordinario se produce la interrupción de la prescripción, confirmando así la doctrina de la sentencia de instancia, en la que la Sala *a quo* argumentó que, aunque el recurso de casación no sea obligatorio, resultaría excesivamente gravoso que se exija a un ciudadano que renuncie a una vía judicial en marcha. Aduce, además, que se debe tener en cuenta que, de prosperar el recurso de casación, se habrían declarado nulas las liquidaciones y, por tanto, no se habría provocado daño alguno al ciudadano. En consecuencia, no habría tenido sentido el planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Por ello, si el recurrente ha formulado una acción de nulidad frente a la Administración tributaria y todavía pende un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, no se puede iniciar el cómputo del plazo correspondiente a la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas hasta la conclusión y resolución del citado recurso, pues la finalidad de este es comprobar la legalidad de la doctrina establecida por la sentencia de instancia, en la que, a través de la acción de nulidad (revisión de oficio), se comprobaba, a su vez, la legalidad de la liquidación en su día practicada; liquidación que se fundaba en una norma foral sobre cuya legalidad podían existir dudas, como luego se confirmaría.

En este supuesto, el interesado, al que se le había girado una liquidación con base en el artículo 26.2 de la Norma Foral de Guipúzcoa 8/1998, de 24 de diciembre, y

solicitó la revisión de oficio de la misma, que le fue desestimada, primero por la Administración foral en la vía administrativa revisora y después por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la vía contencioso-administrativa.

Estando en trámite el recurso de casación contra la sentencia de la Sala *a quo*, el Tribunal Supremo dictó Sentencia de 23 de octubre de 2014, en la que anuló el citado artículo 26.2 de la Norma Foral de Guipúzcoa 8/1998.

Posteriormente, el Tribunal Supremo resolvió en sentencia de 23 de noviembre de 2016 el recurso de casación referido a la revisión de oficio del citado artículo 26.2.

Pues bien, por las razones antes expuestas, el Tribunal Supremo considera que el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial había de computarse desde la Sentencia de 23 de noviembre de 2016, que resolvió el recurso de casación relativo a la revisión de oficio, y no desde la sentencia de 23 de octubre de 2014 que anteriormente había anulado el artículo 26.2.

4.2.La limitación temporal a los daños producidos en el plazo de cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia

El artículo 34.1 de la LRJSP contempla una importante limitación a la regla general de reparación integral de los daños causados a los particulares, al establecer que *“serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea”*.

Ahora bien, esta regla de cinco años deja expresamente sentada una salvedad: cuando la sentencia disponga otra cosa, de modo que resulta pertinente analizar los efectos temporales de las sentencias del TJUE y del TC.

En lo que se refiere a las primeras, las Sentencias dictadas por el TJUE, se debe recordar que el artículo 260 TFUE establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para poner fin a la situación de incumplimiento del Derecho

Comunitario, de forma que tienen la obligación de asegurar la ejecución de la sentencia del TJUE que declara el incumplimiento del Estado²⁰⁸.

Los fallos del TJUE tienen alcance retroactivo, puesto que, como destacó en su Sentencia de 27 de marzo de 1980, *Denkavit*²⁰⁹, “*la interpretación que (...) da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario, aclara y específica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma*” conlleva que “*la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación*”.

En definitiva, desde la perspectiva del DUE, la limitación temporal de la obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento de sus mandatos tiene carácter excepcional y está condicionada a la concurrencia de dos requisitos esenciales: (1) la buena fe del poder público y (2) la gravedad de las consecuencias económicas derivadas de la ejecución de la sentencia en la que se declare la infracción del Derecho de la Unión²¹⁰.

De este modo, el TJUE viene insistiendo en que solo es posible limitar los efectos de una sentencia caso a caso y tomando en cuenta un criterio claro, como es la existencia de dudas razonables de la compatibilidad con el DUE, de forma que las consecuencias económicas, en sí mismas consideradas, no justifican la limitación de los efectos retroactivos de sus sentencias. Así, en la ya citada Sentencia de 27 de febrero de 2014 *Transportes Jordi Besora*²¹¹, señaló que “*las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación en el tiempo de los efectos de esa*

²⁰⁸ En la STJUE de 14 de diciembre de 1982, *Waterkeyn y otros* (C-314/81 a 316/81 y 83/82; EU:C:1982:430), el Tribunal ya afirmó en su apartado 14, que “*todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia*”, lo que supone, cuando se declare la incompatibilidad con el Tratado de determinadas disposiciones legislativas, “*la obligación de modificar las disposiciones de que se trate, de manera que estas últimas sean conformes a las exigencias del Derecho comunitario*”.

²⁰⁹ STJUE de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana* (C-61/79; EU:C:1980:100), apartado 16.

²¹⁰ STJUE de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka* (C-402/03; EU:C:2006:6), apartado 51, en la que el TJUE rechaza la limitación de los efectos de la sentencia por no quedar acreditada la concurrencia de la buena fe del Estado infractor.

²¹¹ STJUE de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora* (C-82/12; EU:C:2014:108), apartado 48.

sentencia (...). Si ello no fuera así, las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son éstas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros”.

La justificación de esta tesis se asienta en la facultad del juez de, una vez constatada y declarada la ilicitud de la norma causante del daño, restablecer por completo la situación jurídica alterada y proceder a la reparación integral de los efectos negativos que haya podido ocasionar, garantizando la compensación pecuniaria de los derechos conferidos a los ciudadanos por el ordenamiento jurídico europeo²¹².

En el sentido expuesto, MORENO QUIRÓS destaca que *“cualquier norma jurídica que venga a limitar sin más la obligación de reparar los daños derivados de una actividad legislativa ilícita podría ser calificada de arbitraria, ya que su único fundamento sería la propia voluntad del legislador”*²¹³. De hecho, lo más probable es, como indica GALÁN VIOQUE, que *“los daños se hayan originado mucho antes del lustro al que se refiere el precepto, y que en ínterin que transcurre entre la producción de éstos y la sentencia que declara la inobservancia del Derecho europeo por el Estado español, el particular se encuentre todavía pleiteando para lograrla, por lo que el perjuicio, que se ha materializado mucho antes, no será en ningún caso indemnizable”*²¹⁴.

Por último, procede recordar en este mismo sentido el pronunciamiento del TJUE en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016²¹⁵, en la que rechazó el criterio mantenido por nuestro TS en la primera sentencia encargada de resolver la invalidez de las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario.

²¹² En términos similares, ALONSO GARCÍA, M.C., *op. cit.*, pág. 207.

²¹³ MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 173. De hecho, la declaración de la obligación de indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del ordenamiento comunitario fue avanzada prontamente por la jurisprudencia europea; concretamente, en la Sentencia de 16 de diciembre de 1960, *Humblet*, según la cual la declaración de incumplimiento implicaba para el Estado la obligación tanto de corregir la actuación de que se trate como de reparar los efectos ilícitos que la misma haya podido producir.

²¹⁴ GALÁN VIOQUE, A., *“A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador”*, Documentación Administrativa, 2, (2015), pág. 6, en ALONSO GARCÍA, M.A., *op. cit.*, pág. 215.

²¹⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, 307/15 y 308/15; EU:C:2016:980).

Se trataba concretamente de la STS de 9 de mayo de 2013²¹⁶, en la que nuestro Alto Tribunal estableció que la declaración de nulidad no se podía extender ni a las situaciones resueltas por resoluciones judiciales que hubieran ganado firmeza ni a pagos realizados con anterioridad a la fecha de publicación de este fallo, considerando igualmente que esta era la doctrina que tenían que seguir todos los órganos jurisdiccionales que atendiesen asuntos en esta materia.

El Tribunal con sede en Luxemburgo consideró en cambio los efectos retroactivos de la nulidad de estas cláusulas, obligando a la banca a restablecer la situación jurídica en la que se hubieran encontrado los consumidores de no haber existido nunca. Expresa que *“la declaración judicial de carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”*²¹⁷, de lo que se deduce que *“la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas, genera (...) el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes”*²¹⁸, y como *“una jurisprudencia nacional (...) relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual (...) solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores (...) no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula”*, de modo que *“los órganos jurisdiccionales nacionales (...) deberán abstenerse de aplicar (...) la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013”*²¹⁹.

Por lo que respecta a los efectos temporales de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, hay que advertir que la declaración de inconstitucionalidad de una

²¹⁶ STS 1916/2013, de 9 de mayo de 2013, (ES:TS:2013:1916)

²¹⁷ *Idem*, apartado 61

²¹⁸ *Idem*, apartado 72

²¹⁹ *Idem*, apartado 74

norma con rango de ley supone una situación diferente a la expuesta para el caso de la jurisprudencia del TJUE.

Tal y como estableció el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de febrero de 1989²²⁰, *“las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (...) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado”*.

No obstante, es posible que la declaración de inconstitucionalidad conlleve la nulidad de una norma jurídica con rango de ley, pero no conlleve la declaración de nulidad del acto de aplicación que sea objeto de consideración o tenga alcance limitado; esto último sucede habitualmente en el ámbito tributario con base en razones metajurídicas de naturaleza económica, como lo son las repercusiones presupuestarias que pueda tener para el Estado la devolución masiva de las cantidades ingresadas al amparo de un tributo que se declara inconstitucional²²¹.

Puede sostenerse, por cuanto antecede, que la limitación temporal establecida en el artículo 34.1 LRJSP resulta contraria al DUE, en la medida en que no encuentra apoyo en ninguna circunstancia que la motive, pues la limitación de los efectos de las sentencias del TJUE está fuera del alcance de los Estados miembros y, además, hace recaer sobre el perjudicado la lentitud de la justicia, lo que conculca los principios de reparación integral y efectividad, pues desincentiva al perjudicado del ejercicio de un largo proceso judicial tras el cual es probable que no obtenga reparación pecuniaria alguna.

Precisamente por las dudas que suscitan las limitaciones temporales analizadas a lo largo de este epígrafe, la Comisión Europea afirmó, en su demanda de 24 de junio 2020, de la que se ha dado noticia en este mismo trabajo, que son contrarias al Derecho de la

²²⁰ STC 45/1989, de 20 de febrero de 1989, (ES:TC:1989:45).

²²¹ Así lo expresa, en términos similares MORENO QUIRÓS, J.A., *op. cit.*, pág. 182.

UE, puesto que éste ni siquiera exige una resolución del TJUE para que exista responsabilidad del Estado Legislador.

Ante tal planteamiento, el Abogado General entiende en sus Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 2021 que el requisito de *“la existencia de una resolución previa del Tribunal de Justicia que declare que las disposiciones del Derecho nacional son contrarias al Derecho de la Unión para poder exigir la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, es contrario al principio de efectividad”*²²², lo que conlleva que, *“tanto el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del Estado Legislador como la limitación de los daños indemnizables por esa causa, también (sean) contrarios al principio de efectividad”*²²³.

Quizá por estas dudas, el TS flexibilizó la interpretación de este requisito ante la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la STS de 14 de septiembre de 2020, para evitar que se dé la indeseada circunstancia de que los afectados pierdan la posibilidad de ver resarcidos los daños sufridos. Dicha sentencia aborda la controversia suscitada en relación al momento en que ha de entenderse producido el daño: si *“al ingresar las liquidaciones”* o al dictarse la *“sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño”*.

Señala 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”*, lo que resulta a su vez *“conforme con la naturaleza del plazo establecido en el referido art. 34.1, en cuanto al cuestionarse por el perjudicado el acto causante del perjuicio ha de entenderse interrumpido su cómputo, de manera que no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y que caso de resultar favorable determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente de la procedencia del daño. No ha de olvidarse que uno de los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial es la realidad del daño”*.

²²² *Idem*, conclusión número 108.

²²³ *Idem*, conclusión número 109.

Y con tal sustento, fija como doctrina que “*el momento en el que se entiende que se ha producido un daño indemnizable por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, artículos 32.4 y 34.1 Ley 40/2015, es la fecha de la sentencia firme desestimatoria de un recurso, en cualquier instancia, contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado en el recurso la inconstitucionalidad declarada. Y dicha sentencia debe haberse dictado y notificado dentro del plazo de los cinco años anteriores a la publicación en el BOE de la sentencia*”, precisando que, si bien la lesión o el daño tuvo su origen (en este caso) en la fecha de ingreso de las liquidaciones tributarias; esta fecha no es la determinante para la existencia de lesión o daño indemnizable.

Siempre sin olvidar, claro está, lo que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad determine en cada caso, de manera que esta nueva doctrina casacional, que busca auxiliar al ciudadano afectado, queda subordinada en la práctica a que la sentencia que declara la inconstitucionalidad no se pronuncie sobre sus efectos en términos más restrictivos en cuanto a extensión y límites temporales²²⁴, como ha sucedido, sin ir más lejos, en la reciente y polémica sentencia en cuanto a sus efectos 182/2021, de 26 de octubre (ES:TC:2021:182).

²²⁴ En términos similares se refiere LEIVA LÓPEZ, A.D., “*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea*”, Revista Catalana de Dret Públic, núm. 63, 2021.

5. Conclusiones

- I. Aunque con serias dificultades, el aforismo inglés “*The King can do not wrong*” ha quedado superado, reconociéndose, a lo largo de los años, un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en toda Europa.
- II. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la creación y definición del principio de responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares perjudicados por su incumplimiento del DUE ha sido llevada a cabo por el TJUE, quedando calificado como uno de los principios jurídicos europeos que permiten el funcionamiento mismo del ordenamiento supranacional.
- III. En relación con lo examinado en el primer capítulo del trabajo, se puede comenzar afirmando que con la sentencia *Francovich* el principio de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del ordenamiento comunitario queda definitivamente instalado en el núcleo del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En dicha sentencia se fijan además los requisitos que debe reunir el incumplimiento estatal para que dé lugar a la obtención de un resarcimiento: deberá producirse una infracción de una norma del Derecho comunitario que otorgue derechos a los particulares y deberá constatarse la relación de causalidad entre el incumplimiento estatal y el daño sufrido.
- IV. Al tratarse de requisitos establecidos por el TJUE, vinculan a todos los Estados Miembros, de manera que no podrán ser difuminados por éstos en la regulación del marco procedimental en su ordenamiento estatal.
- V. Es lo cierto, no obstante, que con la sentencia *Francovich* no se produce la construcción jurisprudencial definitiva del principio de responsabilidad patrimonial, pues falta por incorporar un último requisito, extraordinariamente relevante en la práctica, que verá la luz en la sentencia *Brasserie*: la necesaria cualificación del incumplimiento estatal como

constitutivo de una “violación suficientemente caracterizada” del ordenamiento europeo.

- VI. Puede afirmarse, por tanto, que con la Sentencia *Brasserie* se produce la configuración definitiva del régimen de responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros por la vulneración del DUE. De ella se extrae que este sistema de la responsabilidad patrimonial extracontractual debe ser el mismo, tanto si el incumplimiento deriva de una Institución de la Unión como si lo hace de un Estado Miembro, pudiendo haber sido causado por cualquier poder u órgano estatal. Es decir, la reparación del daño producido por el incumplimiento del ordenamiento comunitario debe quedar fundada en los mismos requisitos, sea un Estado Miembro o una Institución de la Unión quien lo haya causado, de modo que la protección de los derechos de los particulares no varía en uno u otro caso.
- VII. Igualmente queda establecido en dicha sentencia que la infracción puede derivar de una acción u omisión de normas comunitarias con efecto directo o no, y ya sean normas del Derecho originario o del Derecho derivado pero, en todo caso, destinadas a otorgar derechos a los particulares. Y, tal infracción, ha de ser una “violación suficientemente caracterizada”, entendida como un incumplimiento manifiesto y grave del ordenamiento comunitario, debiendo existir en todo caso un nexo causal entre el incumplimiento y el daño. Para su valoración habrán de tenerse en cuenta los “*elementos de clarificación*” determinados por el TJUE.
- VIII. Sentado lo anterior, con la sentencia *Brasserie* se determina además que la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del DUE es independiente de la declaración de incumplimiento estatal por parte del TJUE, y que su régimen en los diferentes ordenamientos internos estatales deberá adecuarse a los principios comunitarios de equivalencia y efectividad, porque este principio de responsabilidad patrimonial, aun destinado a resarcir los daños ilegalmente producidos, está dispuesto a favor de garantizar la eficacia de las normas europeas.

- IX. Aun cuando la expuesta es una construcción jurisprudencial y, por ende, su efectividad real depende de las normas procedimentales y los tribunales nacionales de los Estados miembros, ni éstos disponen de total libertad en su aplicación, pues están sujetos a la doctrina sentada por el TJUE e impelidos a interrogarle prejudicialmente cuando no exista doctrina aplicable o duden sobre su interpretación; ni la regulación interna puede disponer un tratamiento de las reclamaciones de responsabilidad por el incumplimiento del DUE menos favorable que las reclamaciones semejantes por el incumplimiento del Derecho interno, pues vulneraría el principio de equivalencia; ni tampoco dichas normas pueden hacer muy difícil o prácticamente imposible la reparación del daño causado, pues entonces lesionarían el principio de efectividad. Es cierto, no obstante, que es difícil lograr el equilibrio entre la primacía del ordenamiento comunitario y la integridad de los cauces procedimentales internos.
- X. En relación con lo estudiado en el segundo capítulo de este trabajo, cabe destacar que la recepción de este principio de responsabilidad del Estado en nuestro Derecho interno ha sido obra de la doctrina y de la jurisprudencia; autores y tribunales, desde épocas muy tempranas, interpretaron y aplicaron el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del DUE conforme a los requisitos derivados de la jurisprudencia del TJUE.
- XI. La inicial acogida del principio de responsabilidad patrimonial sufrió no obstante un cambio jurisprudencial con las SSTS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que intentaron limitar la acción de responsabilidad patrimonial, al exigir el previo agotamiento de todas las vías de recurso interno. Finalmente, a la vista de las interpretaciones realizadas por el TJUE en la Sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.*, nuestro Alto Tribunal consolidó la siguiente doctrina: no cabe exigir al demandante que, con carácter previo a la reclamación de responsabilidad patrimonial, agote todas las vías de recurso dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo dictado en aplicación de la Ley declarada incompatible con el DUE.

- XII. En el capítulo tercero del trabajo se ha visto que el régimen de responsabilidad patrimonial vigente en el Derecho español se encuentra en dos textos normativos diferentes: la LPAC y la LRJSP, cuyos preceptos incluyen algunos requisitos controvertidos para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el incumplimiento del DUE, pues es dudosa su compatibilidad con los principios europeos de equivalencia y efectividad.
- XIII. Debiendo producirse una lesión en cualquiera de los bienes y derechos del reclamante, tanto patrimonial como no patrimonial, que no tenga el deber de soportar, la primera duda que suscita dicha regulación surge con el requisito relativo a la obtención de una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño. Aunque su exigencia se pueda justificar con la diligencia exigible al particular para evitar el daño derivado de la aplicación de una norma contraria al ordenamiento europeo, el TS se cuestionó antes de que se aprobaran dichas Leyes la compatibilidad de esta exigencia con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad, y por eso planteó al TJUE la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia *Transportes Urbanos y Servicios Generales*. De esa sentencia del TJUE se deduce que la regulación establecida por el legislador en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público resulta contraria al DUE, en cuanto que éste se opone a la existencia de una regla en cuya virtud solamente cabe estimar una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en el incumplimiento del ordenamiento comunitario, si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas.
- XIV. Plantea igualmente serias dudas de compatibilidad con los principios del ordenamiento jurídico de la Unión Europea la exigencia de que el particular haya alegado la infracción del Derecho comunitario con anterioridad a que esa infracción sea declarada por una sentencia del TJUE. Se trata de una regulación sumamente restrictiva, porque si el particular no alegó esa invalidez de la norma jurídica posteriormente declarada, el daño no será

antijurídico y, por tanto, se verá obligado a soportarlo, lo que parece estar en abierta contradicción con el principio de efectividad y, por si no fuera bastante, se exige que la infracción sea declarada por una sentencia del TJUE, lo que tampoco respeta la jurisprudencia europea.

XV. Ante tales dudas la Comisión Europea interpuso demanda ante el TJUE el 24 de junio de 2020, solicitándole que declare el incumplimiento del Reino de España de los principios de efectividad y equivalencia por la regulación establecida, entre otros, en el artículo 32, apartados 3 a 6 de la LRJSP.

XVI. En sus conclusiones emitidas el 9 de diciembre de 2021, el Abogado General entiende: con respecto al requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del TJUE que declare el acto legislativo incompatible con el DUE, que no es conforme con la jurisprudencia del TJUE; con respecto al requisito relativo a la existencia de una sentencia firme desestimatoria, que supedita la responsabilidad al requisito de que el perjudicado haya interpuesto con carácter previo un recurso contra el acto administrativo adoptado en aplicación de una ley posteriormente declarada incompatible con el Derecho europeo, lo que no puede suceder cuando el daño ha sido directamente causado por una ley, y, finalmente, con respecto al requisito de que el perjudicado haya alegado con anterioridad la infracción del DUE, que impone a los perjudicados una carga que va más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar de ellos. Por todo lo expuesto el Abogado General propone al TJUE que declare: con la regulación de los artículos 32 apartados 3 a 6 de la LRJSP se han incumplido las obligaciones del principio europeo de efectividad. Habrá que esperar al pronunciamiento del TJUE, que todavía no se ha producido.

XVII. En cuanto a los requisitos sustantivos previstos para la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, aunque aparentemente la regulación legal vigente otorga un tratamiento unívoco a los supuestos de inconstitucionalidad y a los supuestos de incumplimiento del DUE, lo cierto es que dicha equivalencia no se da cuando se establecen los requisitos materiales heredados de la jurisprudencia europea, porque éstos son exigidos solamente para el supuesto de la vulneración del Derecho comunitario.

- XVIII. En cuanto a la exigencia relativa a que la norma vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, su exégesis resulta problemática, porque el Legislador no ha definido un concepto que comprenda la generalidad de los supuestos que pueden quedar incluidos en su ámbito de aplicación.
- XIX. En cuanto a la exigencia de la violación suficientemente caracterizada, aun cuando se trata de uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE, su aplicación debe respetar siempre los principios europeos de equivalencia y efectividad, precisamente por ello cabría prescindir de esta exigencia en nuestro ordenamiento interno, tal y como se lo planteó el TS en su sentencia de 22 de septiembre de 2014, donde declaró que subsistía la duda de si ese requisito podía resultar contrario al principio comunitario de equivalencia, puesto que para la responsabilidad patrimonial por vulneración de la Constitución no se exige tal cualificación en la norma legal causante del daño, hasta llegó a plantearse la presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE que finalmente no presentó. Cabe sostener, por tanto, que el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes declaradas inconstitucionales es más beneficioso que el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes contrarias al DUE, acudiendo a la terminología acuñada en la STJUE de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*.
- XX. De nuevo, precisamente por lo expuesto, la Comisión Europea decidió abrir un expediente por incumplimiento contra el Reino de España por esta regulación, al entender que las condiciones de fondo añadidas vulneran el principio de equivalencia, pues someten el resarcimiento de los daños provocados por el legislador español en infracción del DUE a condiciones menos favorables que las aplicables cuando se trata de daños debidos a una vulneración de la Constitución.
- XXI. En las conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 2021, el Abogado General entiende, sin embargo, que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador regulado en nuestro país en el año 2015 podría quedar desautorizado por el TJUE por su incompatibilidad con las

exigencias del principio de efectividad, pero no con las exigencias del principio de equivalencia, pues únicamente se limita a codificar la jurisprudencia del TJUE. Nuevamente habrá que esperar al pronunciamiento del TJUE, que todavía no se ha producido.

XXII. Finalmente, con respecto al nexo causal directo que debe existir entre el incumplimiento del DUE y el daño sufrido por los particulares, cabe sostener que la LRJSP ha diseñado una relación de causalidad directa y exclusiva, porque la ausencia de recurso por el particular resulta decisiva en la determinación final del resultado lesivo, puesto que si no recurre no nacerá su derecho a obtener la reparación de los daños causados por la aplicación de la norma jurídica declarada posteriormente ilícita.

XXIII. En relación con el capítulo cuarto y último de este trabajo, cabe destacar: para empezar que la interpretación del corto plazo de prescripción de un año, desde que se produzca el hecho que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, establecido por el artículo 92 LPAC para presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Consejo de Ministros, tiene una enorme relevancia en la práctica, sobre todo cuando no haya un pronunciamiento del TJUE declarando el incumplimiento del DUE por el Estado Legislador. La jurisprudencia europea no exige, como se ha dicho reiteradamente, la existencia de una sentencia del TJUE y cuando sea el TS u otro tribunal nacional quien declare ese incumplimiento, la jurisprudencia del TS considera necesario esperar a la firmeza de la sentencia que lo declare para empezar a contar el plazo prescriptivo, lo que no siempre será fácil de conocer por quien no haya sido parte en el proceso.

XXIV. A la limitación temporal expuesta para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial se añade otra limitación temporal en la regulación legal vigente: los daños susceptibles de ser indemnizados quedan limitados al plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare el carácter de norma contraria al DUE. Una vez más se trata de una regulación difícil de encajar en lo establecido por la jurisprudencia europea. Por un lado, la limitación de los efectos de las sentencias del TJUE está fuera del

alcance de los Estados miembros, cuando sea una de sus sentencias la que declare el incumplimiento del DUE, y, por otro lado, dicha limitación temporal hace recaer sobre el perjudicado la lentitud de la justicia, lo que conculca los principios de reparación integral y efectividad.

XXV. Las expuestas limitaciones temporales también han ocasionado que la Comisión Europea afirmara, en su demanda de 24 de junio de 2020, que son contrarias al DUE, puesto que éste ni siquiera exige una resolución del TJUE para que exista responsabilidad del Estado Legislador, tesis a la que el Abogado General ha prestado su respaldo, en sus conclusiones del 9 de diciembre de 2021, considerando que tanto el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad como la limitación de los daños indemnizables resultan contrarias al principio de efectividad.

XXVI. Habrá que esperar a lo que decida el TJUE, pero son tan negros los presagios sobre la compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad del régimen legal previsto en España para la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por el incumplimiento del DUE, como complejas y dificultosas de elaborar las reclamaciones que los perjudicados deben presentar ante el Consejo de Ministros en el *interim*, si se apoyan en la doctrina del TJUE pero no respetan el tenor de la regulación legal vigente porque perjudica su pretensión.

6. Supuesto práctico

Para terminar el análisis del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador establecido tanto en el ordenamiento comunitario como en el nacional, procede aplicarlo a un supuesto práctico.

Para tal fin resulta interesante la reciente sentencia de la AN de 30 de julio de 2021²²⁵, que resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del TEAC de fecha 11 de junio de 2019, por la que fueron desestimadas las reclamaciones interpuestas por gestoras alemanas de *Hedge Funds*, fondos de inversión no armonizados, contra resoluciones de la AEAT relativas a la rectificación de autoliquidaciones del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, “IRNR”), que denegaron las devoluciones de ingresos tributarios indebidos solicitadas, con sustento en la vulneración del Derecho de la Unión Europea por la regulación española, en tanto que grava las rentas obtenidas en España por esos fondos de inversión no residentes con un tipo de gravamen más alto que el aplicable a las rentas obtenidas por los fondos de inversión residentes.

En dicha sentencia la AN analiza la posible infracción de la libre circulación de capitales prevista en el artículo 63 del TFUE por la regulación del IRNR, porque a las rentas obtenidas por las entidades de inversión residentes se les aplica un gravamen del 1%, mientras que a las rentas obtenidas por las entidades de inversión no residentes se les aplica con carácter general un gravamen muy superior, del 19% o del 21%, en función de los ejercicios afectados. En el concreto caso examinado, la entidad de inversión alemana soportó un gravamen del 15% en el IRPF, como resultado de aplicar el Convenio entre el Reino de España y la República federal de Alemania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, de 3 de febrero de 2011.

La entidad de inversión alemana solicitó la rectificación de las autoliquidaciones de los ejercicios de 2011, 2012 y 2013, así como la devolución de los ingresos tributarios indebidos a la AEAT; solicitud que fue rechazada al no haberse aportado certificado que

²²⁵ SAN 3706/2021, de 30 de julio de 2021 (ES:AN:2021:3706).

acreditase el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2009/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), esto es, su consideración como institución de inversión colectiva (IIC) armonizada.

El problema es que, como bien señala la AN en su sentencia²²⁶, *“los fondos recurrentes son fondos de inversión libres o no armonizados, por lo que no les es de aplicación la Directiva 2009/65/CE”*, de manera que *“es obligado concluir afirmando que esta decisión no se ajustó a derecho, porque la indicada certificación no era de aplicación a esta clase de fondos”*. Y, como *“así lo entendió también el TEAC, aunque no aplicó esta consecuencia jurídica”*, solo por esta razón el recurso planteado ya debería ser estimado; pero es que además se planteó *“un verdadero debate impugnatorio sobre las cuestiones abordadas por el TEAC”*.

Comienza la AN señalando que no existe en nuestro régimen jurídico una forma efectiva de obtención de la devolución del exceso de retenciones soportadas sobre el tipo de gravamen del 1%, que era aplicable a los fondos de inversión no armonizados residentes en España, pues la reforma efectuada en la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de imposición indirecta y se modifica la Ley reguladora del IRNR, y las normas de desarrollo (Orden EHA/3316/2010) no afectó a los fondos de inversión libres no residentes en España. De hecho, en las propias palabras del Tribunal, *“la Ley 2/2010 podría haber introducido, para los fondos no residentes no armonizados, una exención similar a la establecida en el artículo 14.1.1) TRLIRNR, pudiendo condicionarla a la acreditación de que su situación era comparable a la de los fondos de inversión libres españoles, que tributan al 1% en el IS. Al no haberlo hecho, la retención en realidad constituye la tributación final, sin que exista en la normativa del IRNR vía alguna para promover la devolución del exceso de retenciones”*.

Continúa con el análisis del principio europeo de libre circulación de capitales y su posible vulneración. Para la correcta interpretación del artículo 63 del TFUE, recuerda

²²⁶ *Idem*, antecedente de hecho 4º.

lo establecido por el TJUE, en la sentencia de 17 de septiembre de 2015, *Miljoen*²²⁷, según la cual: *los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que obliga a practicar una retención en la fuente sobre los dividendos que una sociedad residente reparte tanto a los contribuyentes residentes como a los no residentes, estableciendo un mecanismo de deducción o devolución de las cantidades retenidas únicamente en el caso de los contribuyentes residentes, mientras que para los contribuyentes no residentes, - personas físicas y sociedades-, tal retención constituye un impuesto definitivo, en la medida que la carga impositiva definitiva que los contribuyentes no residentes soporten en dicho Estado miembro en lo que respecta a los mismos dividendos sea mayor que la que soportan los contribuyentes residentes, extremo que incumbe verificar, en los litigios principales, al tribunal remitente (...)*. Y, en lo que respecta concretamente a las sociedades de inversión sin establecimiento permanente, la Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Comisión contra Reino de Bélgica*²²⁸, donde el TJUE concluyó que el diferente trato fiscal entre residentes y no residentes conllevaba *“declarar que la legislación fiscal belga instaure (ba) un trato fiscal desfavorable para los rendimientos del capital mobiliario percibidos por las sociedades de inversión no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica en comparación con los rendimientos percibidos por las sociedades de inversión, residentes o no, que poseen un establecimiento permanente en Bélgica,”* por lo que había incumplido las obligaciones contempladas en el TFUE.

A la vista de lo anterior, la AN concluye que *“la infracción del derecho de la Unión Europea es clara y es originaria”*, pues *“está presente en la propia norma reguladora del IRNR”*, y falla: la anulación de la resolución del TEAC recurrida por no ser ajustada a Derecho y la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas solicitadas, más los correspondientes intereses de demora desde la fecha en que se produjo la retención.

De este modo, un tribunal español, como es la AN, ha determinado la vulneración del ordenamiento europeo por la regulación interna del IRNR, lo que da lugar al

²²⁷ STJUE de 17 de septiembre de 2015, *Miljoen*, (C-10/14, 14/14 y 17/14; EU:C:2015:608).

²²⁸ STJUE de 25 de octubre de 2012, *Comisión contra Reino de Bélgica* (C-387/11; EU:C:2012:670).

derecho de la reclamante de recuperar lo abonado indebidamente en concepto de ese impuesto, pues resulta evidente que el cobro de un tributo considerado como ilegal genera la existencia de una carga que el contribuyente no tiene la obligación de soportar, implicando un desequilibrio patrimonial que debe ser restaurado. La reparación del daño antijurídico sufrido puede ser lograda mediante la restitución de las cantidades indebidamente ingresadas y los correspondientes intereses de demora, a través de la solicitud de devolución de ingresos tributarios indebidos, o bien mediante la correspondiente indemnización del perjuicio irrogado, a través de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

Así las cosas, imaginemos que a nuestro despacho acude el representante del fondo de inversión libre alemán “Deutschmark”, con el fin de realizar una consulta sobre sus posibilidades de actuación a la luz de la SAN de 30 de julio de 2021 anteriormente citada.

El supuesto de hecho sería el siguiente: la entidad de inversión “Deutschmark” solicitó la rectificación de las autoliquidaciones del IRNR y la correspondiente devolución de ingresos indebidos de los ejercicios 2014, 2015 y 2016 ante la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por haber sido gravados con una retención del 15%, al ser una entidad residente en Alemania, a diferencia del 1% que soportan los fondos de inversión residentes en España.

Solicitudes que, sin embargo, la Delegación Central de Grandes Contribuyentes desestimó mediante acuerdos de 20 y 28 de junio de 2017 y 4 de junio de 2018, porque la parte solicitante no había aportado un certificado emitido por las autoridades alemanas que acredite el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2009/65, esto es, ser una institución de inversión colectiva (IIC) armonizada.

Ante tales acuerdos, presentó reclamación al TEAC, por entender que se estaba produciendo una vulneración del principio europeo de libre circulación de capitales por la regulación del IRNR, ya que los fondos de inversión no residentes están sometidos a un tipo de gravamen más elevado que los residentes y ésta, en su resolución de 14 de septiembre de 2019 desestimó la reclamación por entender que no cumplía con los “requisitos financieros” que la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de

Inversión Colectiva, en su artículo 43, establece para los fondos de inversión libre españoles, cuyo cumplimiento les permite tributar en el Impuesto sobre Sociedades al tipo de gravamen del 1%.

Con esta desestimación, el fondo de inversión alemán decidió no seguir impugnando las autoliquidaciones en la vía judicial, al entender que sus esfuerzos no iban a servir para satisfacer sus pretensiones.

Con tales antecedentes el cliente pregunta si podría intentar la reclamación de lo abonado en concepto del IRNR en contra del DUE, atendiendo a lo establecido en la citada sentencia de la AN.

El planteamiento parte de la idea de recuperar lo abonado indebidamente en concepto del IRNR, puesto que al ser considerado contrario al DUE por la AN genera una carga económica que el contribuyente no tiene el deber de soportar, lo que implica un desequilibrio patrimonial que debe ser restaurado.

Las dos vías habilitadas en el ordenamiento jurídico vigente para reparar el daño irrogado son: (1ª) la solicitud de devolución de los ingresos tributarios indebidos, para obtener su reembolso más los correspondientes intereses de demora, y (2ª) la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, para lograr la indemnización del perjuicio económico soportado.

La solicitud de devolución de los ingresos tributarios indebidos, primera vía para lograr la reparación del daño, presenta problemas propios que merman su efectividad real, puesto que, como precisa CAMPOS MARTÍNEZ, el sometimiento de las situaciones tributarias a plazos de caducidad inferiores al plazo de prescripción, genera *“una firmeza de los actos administrativos tributarios, los cuales, (...) solo podrán ser revisados (...) a través de casos muy especiales, que (...) no están preparados para acoger el supuesto de vulneración del Derecho de la UE”*, y, por si no fuera bastante, añádase la existencia de un plazo de prescripción de cuatro años, que *“impedirá*

*acceder a la recuperación de aquellos valores que encuentren la firmeza jurídica dada por el paso del tiempo*²²⁹.

Al ser esto así, en no pocas ocasiones, como certeramente señala CAMPOS MARTÍNEZ, *“la única vía que garantiza la tutela judicial efectiva y completa del derecho a la recuperación de cantidades tributarias satisfechas con ocasiones de un precepto tributario incompatible con el Derecho de la UE”*²³⁰ es la de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

Cabe concluir entonces que la responsabilidad patrimonial tiene como objetivo otorgar la posibilidad al contribuyente de acceder a un derecho de devolución de ingresos tributarios indebidos “pleno”.

Por tanto, en un supuesto de las mismas características que el examinado en la SAN comentada, si no se solicitó la devolución de ingresos tributarios indebidos anteriormente y se recurrió su denegación o si se recurrió sin lograr la devolución solicitada, sólo cabría ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

La sentencia de la AN que sirve a este caso hipotético ha sido recurrida en casación por la Abogacía del Estado y todavía no hay una decisión del TS sobre la admisión o inadmisión a trámite de ese recurso de casación, por lo que no es una sentencia firme.

Tomando en consideración tanto la jurisprudencia del TJUE y del TS en la materia, el mejor asesoramiento para nuestro cliente consistiría en esperar antes de nada a que la disconformidad con el DUE que sostiene la AN en su sentencia sea confirmada en casación, bien porque el TS inadmita el recurso de casación preparado por la Abogacía del Estado o bien porque lo desestime si decide admitirlo a trámite.

Una vez que el criterio de la SAN resulte confirmado, procederá realizar la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en escrito dirigido al Consejo de Ministros, que tendrá un plazo de seis meses desde la presentación para

²²⁹ CAMPOS MARTÍNEZ, Y.A., *“La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria”*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, págs. 365 y 366.

²³⁰ CAMPOS MARTÍNEZ, *op.cit.*, pág. 414.

resolver la reclamación presentada. La reclamación se entenderá desestimada por silencio negativo. Contra la desestimación expresa o presunta de la reclamación se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante el TS.

Ahora bien, el ejercicio de esa acción de responsabilidad patrimonial exige el cumplimiento de una serie de condiciones, como se ha visto a lo largo del estudio realizado en este trabajo.

En primer lugar, se debe haber producido un incumplimiento de normas del DUE que confieran derechos a los particulares.

Pues bien, si se confirma el criterio de la sentencia de la AN, tanto por la inadmisión del recurso de casación preparado como por su desestimación por el TS tras ser admitido, se ratificaría la tesis de que el sometimiento a un mayor gravamen a las entidades de inversión no residentes supone un incumplimiento del principio europeo de libre circulación de capitales y, por ende, de lo dispuesto en el artículo 63 del TFUE.

La norma del DUE violada debe conferir derechos a los particulares, conforme a la jurisprudencia del TJUE, pero nuestra jurisprudencia ha admitido la presencia de esta circunstancia cuando se demuestra la violación del DUE, tal y como se puede apreciar en la STS de 17 de octubre de 2017²³¹, referida al diferente trato fiscal otorgado a residentes y no residentes en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en cuyo fundamento de derecho cuarto, frente a la alegación por la Abogacía del Estado de que la norma vulnerada no confería un derecho a los particulares, el Alto Tribunal afirma: *“de la adaptación del derecho estatal al europeo se derivarían derechos a los particulares”*.

En segundo lugar, se debe producir un incumplimiento del ordenamiento comunitario suficientemente caracterizado. A estos efectos, se debe señalar: por un lado, que los daños ocasionados por actos ilegales se estiman inexorablemente antijurídicos y, por ende, indemnizables, pues las víctimas no tienen obligación de soportarlos, y, por otro lado, que existe jurisprudencia tanto europea como nacional de

²³¹ STS 1566/2017, de 17 de octubre de 2017 (ES:TS:2017:1566).

la que se desprende que la regulación del IRNR en el extremo controvertido produce un incumplimiento de las obligaciones europeas.

En la jurisprudencia europea, se encuentran las SSTJUE de 17 de septiembre de 2015, *J.B.G.T Miljoen y otros*²³², y de 25 de octubre de 2012, *Comisión contra el Reino de Bélgica*²³³, que destacan que un Estado miembro que en relación con la tributación mantiene normas distintas, según se trate de sociedades de inversión residentes o sociedades de inversión no residentes, efectúa una discriminación contraria a la libre circulación de capitales.

En la jurisprudencia del TS, destacan las SSTS de 14 de noviembre de 2019²³⁴, 17 de diciembre de 2020²³⁵ y 22 de diciembre de 2020²³⁶, en las que, con mención expresa de la jurisprudencia europea y de la propia, el TS concluye que la diferencia de trato entre los fondos de inversión residentes y no residentes supone una infracción del ordenamiento comunitario, pues, como se recuerda en la última de las citadas, *“siguiendo la doctrina consolidada del TJUE, los fondos de inversión (...), residentes como no residentes han de recibir el mismo trato fiscal. Cuando no es así, y se conculca el art. 63 del TFUE, sin concurrir las excepciones del art. 65, tienen derecho a solicitar la devolución de la retención práctica sobre los dividendos recibidos (...)”* pues, *“(...) se trata de la vulneración del principio de libertad de circulación de capitales”*²³⁷.

En tercer lugar, debe existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento del DUE y el daño sufrido por los particulares, lo que en este caso también resulta claro, pues la AN reconoce el derecho que tienen los contribuyentes a que se les reintegren las cantidades ingresadas indebidamente por ser la regulación del

²³² STJUE de 17 de septiembre de 2015, *J.B.G.T Miljoen y otros* (C- 14/14 y 17/14; EU:C:2015:608).

²³³ STJUE de 25 de octubre de 2012, *Comisión contra el Reino de Bélgica* (C- 387/11; EU:C:2012:670).

²³⁴ STS 1588/2019, de 14 de noviembre de 2019 (ES:TS:2019:1588).

²³⁵ STS 1802/2020, de 17 de diciembre de 2020 (ES:TS:2020:1802).

²³⁶ STS 1813/2020, de 22 de diciembre de 2020 (ES:TS:2020:1813).

²³⁷ *Idem*, FJ 3º.

IRNR contraria a los principios europeos. De este modo, aparece un daño que cumple con las características de apreciable y definitivo, directo, real y cierto, pues se trata de unas cantidades dinerarias ingresadas como resultado de una serie de autoliquidaciones del IRNR de los ejercicios de 2014, 2015 y 2016. En suma, se trata de un perjuicio real y efectivo en el patrimonio de la entidad de inversión alemana, pues ha sufrido un desembolso, derivado de la aplicación de una ley estatal, como es el TRLIRNR, que finalmente resulta indebido por la ilegalidad de su exigencia.

En cuarto lugar, faltaría comprobar si el perjudicado actuó con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia y, en particular, si ejercitó en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían²³⁸, lo que dependerá de cada caso, pero no conviene olvidar que, conforme a la jurisprudencia del TS, de la que es muestra la sentencia de 12 de julio de 2021, “*la rectificación de una autoliquidación, y la consiguiente devolución de ingresos indebidos, sí es cauce adecuado para cuestionar la autoliquidación practicada por un contribuyente (...), cuando entienda indebido el ingreso tributario derivado de tal autoliquidación al considerarlo contrario a la Constitución o al Derecho de la Unión Europea*”²³⁹.

En el hipotético caso planteado este requisito también se puede entender cumplido, porque “Deutschmark” solicitó en el momento adecuado la rectificación de las autoliquidaciones de los ejercicios 2014, 2015 y 2016 y la correspondiente devolución de lo ingresado indebidamente.

Finalmente, se ha de recordar que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del DUE no está supeditado a la declaración del mismo por el TJUE, porque el derecho subjetivo de los particulares vulnerado no deriva de la declaración por el TJUE de la existencia de un incumplimiento del DUE sino del propio DUE²⁴⁰.

²³⁸ Véase la sentencia *Brasserie du Pêcheur* y, en el mismo sentido, las posteriores SSTJUE de 24 de marzo de 2009, *Danske* (C-445/06; EU:C:2009:178) y de 25 de noviembre de 2010, *FuB* (C-429/09; EU:C:2010:717).

²³⁹ STS 1008/2021, de 12 de julio de 2021 (ES:TS:2021:1008), FJ 3º.

²⁴⁰ En palabras del TJUE: “*supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia (...) sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que (...) los derechos a favor de particulares (...) no pueden depender de (...) que se*

Despejado el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el Tribunal con sede en Luxemburgo para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la infracción del ordenamiento europeo, habría que comprobar el cumplimiento de las exigencias contempladas en nuestro ordenamiento interno por la LPAC y la LRJSP.

La existencia de una lesión patrimonial que da lugar al derecho a indemnización habría quedado acreditada con la confirmación del criterio sentado por la AN en su sentencia, puesto que se reconocería el derecho de una entidad de inversión alemana en la misma situación a que le sean reintegradas las cantidades abonadas indebidamente en sus autoliquidaciones del IRNR.

Igualmente se cumpliría el requisito de la antijuridicidad de esa lesión patrimonial, puesto que su origen se hallaría en la aplicación de una norma jurídica ilícita, por resultar contraria al ordenamiento comunitario.

Plantea problemas en el supuesto aquí planteado el requisito legal de la obtención de una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa causante del daño, porque la entidad de inversión “Deutschmark” no recurrió la resolución desestimatoria del TEAC en vía contencioso-administrativa, como se ha dicho más arriba al plantear la hipótesis.

Debe considerarse y alegarse a este respecto la muy alta probabilidad de que este requisito sea declarado por el TJUE como contrario al DUE.

Con respecto al requisito de que el lesionado alegase la infracción del Derecho de la Unión Europea con anterioridad, a las dudas que también plantea su conformidad con el DUE, se añade el hecho de que la entidad inversora alemana en el caso planteado lo hizo valer primero ante la AEAT y después ante el TEAC, por entender que la

dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento”. Sentencia de 14 de diciembre de 1982, *Waterkeyn* (C-314 a 316/81 y 83/82; EU:C:1982:430), apartados 14 y 15. En el mismo sentido se pronuncia en las posteriores sentencias *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, apartados 93 y 95, respectivamente, y en la de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier* (C-445/06; EU:C:2009:178), apartado 38.

desigualdad de trato entre las entidades de inversión residentes y no residentes en España resultaba contraria al principio europeo de libre circulación de capitales.

En lo relativo al plazo para ejercitar la reclamación de responsabilidad patrimonial, el artículo 67.1 *in fine* LPAC dispone que “*en los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea*”.

En el caso en que el TS inadmitiera el recurso de casación preparado por la Abogacía del Estado, ha de entenderse que dicho plazo empezaría a contarse desde que dicte la providencia o el auto de inadmisión, porque, como dijo el Alto Tribunal en sentencia de 9 de abril de 2007, de la que se ha dado ya cuenta en el apartado cuarto de este trabajo, sin que haya razones para modificar ese criterio con la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativa, “*teniendo en cuenta las exigencias del principio pro actione, y de la actio nata (...), la consecuencia obligada es que el inicio del plazo para el cómputo de la prescripción de la acción debe computarse desde la fecha en que el Tribunal Supremo (...) inadmite el recurso (...)*”.

En el caso de que lo inadmitiera por providencia plantearía problemas fijar el *dies a quo*, porque las providencias no se publican en CENDOJ²⁴¹, no ocurre lo propio si lo inadmitiera por auto porque los autos de inadmisión sí se publican en CENDOJ.

En el caso de que admita a trámite el recurso de casación preparado por la Abogacía del Estado, el TS puede, tras plantear o no una cuestión prejudicial al TJUE, estimar el recurso de casación, por considerar que no se produce el incumplimiento del DUE, y entonces no cabría interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, o puede desestimar el recurso de casación, confirmando así el

²⁴¹ La inadmisión del recurso de casación mediante providencia se lleva a cabo a tenor de las causas previstas en el art. 90.4 LJCA. En este caso, como establece el art. 90.5 LJCA, contra la providencia de inadmisión no cabrá recurso alguno y comportará la imposición de las costas a la parte recurrente (art. 90.8 LJCA).

criterio sentado por la AN en la sentencia. En este segundo caso, el plazo para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la regulación del IRNR contraria a las normas europeas se iniciaría a partir de ese pronunciamiento, que resulta perfectamente conocido, pues todas las sentencias del TS se publican en CENDOJ, y no, por tanto, con la Sentencia emitida por la AN.

Finalmente, en cuanto a la limitación del artículo 34.1 LRJSP, el TJUE viene insistiendo en que las consecuencias económicas, en sí mismas consideradas, no justifican la limitación de los efectos retroactivos de sus sentencias, puesto que, como manifestó en el asunto *Transportes Jordi Besora*, “*si ello no fuera así, las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son éstas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros*”, por lo que nuevamente debe considerarse y alegarse a este respecto la muy alta probabilidad de que este requisito sea declarado por el TJUE como contrario al DUE.

Sentadas las bases de la eventual reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, se va a proceder a redactar el escrito dirigido al Consejo de Ministros, en la hipótesis, en absoluto descartable, de que la SAN adquiera firmeza por resultar inadmitido el recurso de casación preparado por la Abogacía del Estado mediante auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

7. Anexo I: Escrito de reclamación de Responsabilidad patrimonial ante el Consejo de Ministros.

AL CONSEJO DE MINISTROS

DEUTCHSMARK, entidad alemana de inversión libre con N.I.F. N99735576, y, en su nombre y representación, según acredita por escritura de poderes que se acompaña como documento núm. 1, Federico Martín Martín, con NIF 45672321F, quien designa como domicilio a efectos de notificaciones la calle Maldonado, número 65, 1º D, 28.006 Madrid, ante este órgano comparece y como mejor proceda en Derecho,

EXPONE

- 1.** Que, por medio del presente escrito, insta procedimiento de **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR APLICACIÓN DE UNA NORMA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**, conforme a los principios decantados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«TJUE», a partir de aquí] y previstos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre) [en lo sucesivo, «Ley 40/2015»], y con arreglo al procedimiento regulado en los artículos 67 y concordantes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre) [«Ley 39/2015», en adelante].
- 2.** Que la reclamación de responsabilidad patrimonial que se insta con este escrito trae causa de la lesión sufrida por mi representada, que tiene la condición de Institución de Inversión Colectiva Libre [«IICL», en lo sucesivo («IICLs» en plural)], como consecuencia de su sometimiento en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes [en adelante, «IRNR»] a un gravamen superior al que se aplica a las IICLs españolas.

3. Que el daño patrimonial generado por la infracción de la libre circulación de capitales que produce ese distinto tratamiento tributario ha ascendido a un total de 250.000 euros (DOSCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS), durante los años 2014, 2015 y 2016, a los que concierne esta reclamación.
4. Que su pretensión se sustenta en los siguientes hechos y fundamentos de derecho.

HECHOS

1. “Deutschmark” ingresó en concepto de IRNR durante los ejercicios de 2014, 2015 y 2016 por las rentas obtenidas en España en total de 250.000 euros, soportando un tipo de gravamen del 15%, en aplicación del límite previsto en el Convenio hispano-alemán para evitar la doble imposición. Se adjuntan a tal efecto como DOCUMENTO NÚMERO DOS los justificantes de pago.
2. Mi representada se planteó posteriormente la compatibilidad del régimen previsto en el IRNR con el Derecho de la Unión Europea, en relación con el principio de libre circulación de capitales, por el trato diferenciado que otorga a las entidades residentes y las no residentes, al estar estas últimas sometidas a un mayor gravamen, y por ello, en fecha de 3 de febrero de 2017, solicitó la devolución de lo abonado indebidamente ante la Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Se adjunta justificante de la solicitud como DOCUMENTO NÚMERO TRES.
3. Mediante acuerdos de 20 y 28 de junio de 2017 y 4 de junio de 2018, la Delegación Central de Grandes Contribuyentes desestimó lo solicitado, porque mi representada no había aportado un certificado emitido por las autoridades alemanas que acreditase el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2009/65, esto es, ser una institución de inversión colectiva armonizada. Se adjuntan como DOCUMENTOS NÚMEROS CUATRO, CINCO y SEIS los acuerdos de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.
4. El 15 de junio de 2018, mi representada presentó reclamación ante el Tribunal Económico-administrativo Central [en lo sucesivo, «TEAC»], alegando la

vulneración del principio europeo de libre circulación de capitales. Se adjunta como DOCUMENTO NÚMERO SIETE el justificante de la reclamación.

5. En resolución de fecha 14 de septiembre de 2019, el TEAC desestimó la reclamación por entender que mi representada no cumplía con los “requisitos financieros” que la Ley 35/2003 establece, en su artículo 43, para las IICLs españoles, cuyo cumplimiento les permite tributar en el Impuesto sobre Sociedades al tipo de gravamen del 1%. Se adjunta su resolución como DOCUMENTO NÚMERO OCHO. Notificada dicha resolución desestimatoria, mi representada decidió no continuar con la impugnación en vía contencioso-administrativa, al entender que sus esfuerzos no iban a servir para satisfacer sus pretensiones.
6. El 30 de julio de 2021 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional emite su Sentencia número 3706/2021, en la que sostiene que la denegación con sustento en el incumplimiento de los requisitos de la Directiva 2009/65/CE de la rectificación de autoliquidaciones del IRNR solicitada por fondos recurrentes alemanes en la misma situación que mi representada no se ajusta a Derecho, puesto que la certificación que se les exigió no es aplicable a las IICs libres. A lo expuesto añade que, a la luz de la jurisprudencia europea en relación con el principio de libre circulación de capitales, la infracción del Derecho de la Unión Europea por la discriminación descrita *ut supra* es clara y originaria, pues se encuentra presente en la propia norma reguladora del IRNR.
7. El X de X de 2022, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha dictado auto de inadmisión del recurso de casación presentado por la Abogacía del Estado frente a la referida SAN de 30 de julio de 2021, cuya publicación en el CENDOJ se produjo en fecha X de X de 2022. Se adjunta como DOCUMENTO NÚMERO NUEVE el Auto de inadmisión del Tribunal Supremo.
8. El X de X de 2022, el Letrado de la Administración de Justicia decretó la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 2021. Se adjunta el Decreto como DOCUMENTO NÚMERO DIEZ.

9. A la luz de la doctrina sentada en esa sentencia firme, mi representada ha decidido instar ante ese Consejo de Ministros reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, al no haberse respetado la libre circulación de capitales como consecuencia del tipo de gravamen del 15% que soportó en el IRNR durante los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre la libre circulación de capitales recogida en el artículo 63 TFUE al disponer que *“en el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”*, se ha pronunciado notablemente el TJUE. Así, en la Sentencia de 17 de septiembre de 2015, *Miljoen* (C-10/14, 14/14 y 17/14; EU:C:2015:608) determina que *los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que obliga a practicar una retención en la fuente sobre los dividendos que una sociedad residente reparte tanto a los contribuyentes residentes como a los no residentes, estableciendo un mecanismo de deducción o devolución de las cantidades retenidas únicamente en el caso de los contribuyentes residentes, mientras que para los contribuyentes no residentes, -personas físicas y sociedades-, tal retención constituye un impuesto definitivo, en la medida que la carga impositiva definitiva que los contribuyentes no residentes soporten en dicho Estado miembro en lo que respecta a los mismos dividendos sea mayor que la que soportan los contribuyentes residentes, extremo que incumbe verificar, en los litigios principales, al tribunal remitente (...)*”.
2. En cuanto a la vulneración de tal principio europeo en el caso de las IIC , se pronunció expresamente en la STJUE de 25 de octubre de 2012, *Comisión contra Reino de Bélgica* (C-387/11; EU:C:2012:670), en la que concluyó que el diferente trato fiscal entre residentes y no residentes conllevaba *“declarar que la legislación fiscal belga instaure (ba) un trato fiscal desfavorable para los rendimientos del capital mobiliario percibidos por las sociedades de inversión no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica en comparación con los*

rendimientos percibidos por las sociedades de inversión, residentes o no, que poseen un establecimiento permanente en Bélgica," por lo que había incumplido las obligaciones contempladas en el TFUE.

3. No solo la jurisprudencia europea ha abordado este asunto, pues varios son los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en la materia. Así, en primer lugar, en la Sentencia de 5 de junio de 2018 (recurso núm. 1754/2018; ES:TS:2019:3270), aunque referida a la tributación de un fondo de inversión armonizado, con características propias, analiza previamente la normativa aplicable a las retenciones practicadas en España por el IRNR, en relación con el principio de libre circulación de capitales (artículo 63.1 TFUE), o lo que es lo mismo, para abordar el problema procedimental examina la cuestión de fondo, la existencia de discriminación contraria al Derecho de la Unión Europea, reconociendo que el régimen legal del IRNR sobre los dividendos satisfechos por diversas empresas residentes en España, resultaba contrario al Derecho de la Unión Europea, por vulneración del artículo 63.1 del TFUE.

4. Del mismo modo, en sentencias de 27 de marzo de 2019 (recurso núm. 5405/2017; ES:TS:2019:1081), y de 28 de marzo de 2019 (recurso núm. 4096/2016; ES:TS:2019:1085), nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la procedencia de la devolución de las cantidades retenidas en el IRNR a IIC no residentes miembros de la Unión Europea por vulneración del principio europeo de libertad de circulación de capitales, del artículo 63 TFUE. Y, en las SSTs de 14 de noviembre de 2019 (recurso núm. 1344/2018; ES:TS:2019:3838), de 17 de diciembre de 2020 (recurso núm. 5988/2018; ES:TS:2020:1780) o de 22 de diciembre de 2020 (recurso núm. 6035/2020; ES:TS:2020:4362), relativas a la tributación de los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sociedades residentes en otros Estados miembros, en las que, con mención expresa a la jurisprudencia europea y a la propia del Tribunal Supremo, llega a la conclusión de que la diferencia de trato entre los fondos de inversión supone una infracción del ordenamiento comunitario, pues, como recuerda en la última de las citadas, *“siguiendo la doctrina consolidada del TJUE, los fondos de inversión (...), residentes como no residentes han de recibir el mismo trato fiscal. Cuando no es así, y se conculca el art. 63 del TFUE, sin concurrir las excepciones del art. 65,*

tienen derecho a solicitar la devolución de la retención práctica sobre los dividendos recibidos (...)” pues, “(...) se trata de la vulneración del principio de libertad de circulación de capitales (...)”.

5. Por su parte, la SAN de 30 de julio de 2021 que fundamenta esta reclamación, tomando en consideración esta jurisprudencia citada, tanto europea como nacional, determina que *“la infracción del derecho de la Unión Europea es clara y es originaria”,* puesto que *“la infracción del TFUE está presente en la propia norma reguladora del IRNR, en tanto el régimen tributario de los no residentes, en lo que atañe a la base imponible y a la cuota del IRNR, es discriminatorio respecto al que se exige a los residentes en su impuesto personal”,* de forma que *“el ingreso producido mediante la retención practicada a la sociedad no residente en el IRNR tiene por tal razón la consideración de indebido”.*

6. De este modo, un Tribunal español, como es la Audiencia Nacional, ha determinado la vulneración del ordenamiento europeo por la regulación del IRNR, lo que da lugar al derecho de recuperar lo abonado indebidamente en concepto de ese impuesto, lo que legitima plantear esta reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

7. Queda claro que se ha producido un incumplimiento del Derecho comunitario, concretamente del principio europeo de libre circulación de capitales y de lo dispuesto en el artículo 63 del TFUE; norma que, además, según lo dispuesto en la STS de 17 de octubre de 2017 (recurso núm. 2/2016; ES:TS:2017:1566), referida al diferente trato fiscal otorgado a residentes y no residentes en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, confiere derechos a los particulares, pues el Alto Tribunal afirmó allí que de *“la adaptación del derecho estatal al europeo se derivarían derechos a los particulares”.* Así, queda salvado el primero de los requisitos establecidos por el TJUE para ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

8. Asimismo, de la propia jurisprudencia del TJUE (veáanse las anteriormente citadas SSTJUE de 17 de septiembre de 2015 y de 25 de octubre de 2012) se desprende que

tal incumplimiento del ordenamiento europeo implica, por sí mismo, que la infracción del ordenamiento sea “*suficientemente caracterizada*”.

9. Con todo ello, resulta innegable el nexo de causalidad directo entre el incumplimiento del DUE y el daño sufrido por mi representada, pues de no haber resultado contraria la regulación del IRNR al ordenamiento europeo, no habría tenido que abonar cantidades por el IRNR en los ejercicios 2014, 2015 y 2016 que ahora resultan indebidas. En definitiva, se trata de un perjuicio real y efectivo en el patrimonio de esta entidad de inversión alemana, pues ha sufrido un desembolso, derivado de la aplicación de una ley estatal, como es el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo, que finalmente resulta indebido por la ilegalidad de su exigencia.

10. No puede decirse tampoco que mi representada no haya actuado con la diligencia debida, en los términos en los que se refirió el TJUE en el asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, pues en las propias palabras de nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de julio de 2021 (recurso núm. 3068/2019; ES:TS:2021:1008), “*la rectificación de una autoliquidación, y la consiguiente devolución de ingresos indebidos, sí es cauce adecuado para cuestionar la autoliquidación practicada por un contribuyente (...), cuando entienda indebido el ingreso tributario derivado de tal autoliquidación al considerarlo contrario a la Constitución o al Derecho de la Unión Europea*”.

11. Despejado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Tribunal con sede en Luxemburgo para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la infracción del ordenamiento europeo, deben abordarse los establecidos por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015.

12. La existencia de una lesión patrimonial que da lugar al derecho a indemnización ha quedado acreditada con la confirmación del criterio sentado por la AN en su sentencia, puesto que con ella se reconoce, en definitiva, el derecho de una entidad de inversión alemana en la misma situación a que le sean reintegradas las cantidades abonadas indebidamente por el IRNR.

13. Igualmente se cumple el requisito de la antijuridicidad de esta lesión patrimonial contemplado en el artículo 32.2 LRJSP, puesto que su origen se halla en la aplicación de una norma jurídica ilícita, por resultar contraria al ordenamiento comunitario.
14. En lo relativo a la obtención de una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño recogido en el artículo 32.5 LRJSP, debe precisarse que debido a su incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la Unión Europea, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, no puede ser exigido. Concretamente, en la sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, el TJUE señaló que “*el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia (...) solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley*”. Tan es así que el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico cuarto de su Sentencia de 16 de noviembre de 2021 (recurso núm. 2871/2020; ES:TS:2021:4371) recuerda que “*corresponde a la Administración (...) garantizar la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea, inaplicando, en su caso, cualesquiera normas nacionales cuando, agotadas las posibilidades de su interpretación conforme al Derecho de la Unión, constate que sus disposiciones dotadas de efecto directo se oponen a tales normas nacionales, pese a carecer de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (...)*”, y añade “*que dicha obligación debe asumirse por cualquier administración pública, incluso, de oficio y sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional*”. Asimismo, el Abogado General MACIEJ SZPUNAR, en las conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 2021 ante la demanda que la Comisión interpuso ante el TJUE el 24 de junio de 2020 contra el Reino de España (asunto 278/20, *Comisión Europea contra Reino de España*), entiende en su conclusión número 91, que “*el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015 es contrario al principio de efectividad en la medida en que dicha disposición supedita en todo caso la posibilidad de exigir la responsabilidad*

patrimonial del Estado legislador a raíz de la infracción del Derecho de la Unión a que el perjudicado ejercite con carácter previo una acción contra un acto administrativo incluso cuando el daño se deriva directamente de la ley”

15. En lo que se refiere a que el particular haya alegado la infracción del Derecho comunitario con anterioridad, también contemplado en el artículo 32.5 LRJSP, en este caso, mi representada así lo realizó ante la AEAT primero y ante el TEAC después, como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho de este escrito, y lo hizo por entender, precisamente, que la desigualdad de trato entre las IICLs residentes y no residentes resultaba contraria al principio europeo de libre circulación de capitales. Al igual que sucede con el anterior requisito, el Abogado General MACIEJ SZPUNAR, en las conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 2021 ante la demanda que la Comisión interpuso contra el Reino de España (asunto 278/20, *Comisión Europea contra Reino de España*), razona que “*tal exigencia supondría, imponer a los perjudicados una carga que va más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar de ellos para limitar la importancia del perjuicio*”, de lo que resulta que “*el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015 es contrario al principio de efectividad*”.

16. Respecto al plazo de prescripción de un año, en primer lugar debe recordarse que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 67.1 *in fine* LPAC, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea no está supeditado a la declaración del mismo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que el derecho subjetivo de los particulares vulnerado no deriva de la declaración del incumplimiento por ese Tribunal con sede en Luxemburgo, sino que deriva del propio Derecho de la Unión Europea, por lo que el reconocimiento de incumplimiento por la Audiencia Nacional resulta suficiente, a juicio de mi representada, para exigir tal responsabilidad. Y, en lo relativo a su cómputo, tomando en consideración la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 9 de abril de 2007 (recurso núm. 149/2003; ES:TS:2007:2290), sin que haya razones para modificar ese criterio con la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativa, “*teniendo en cuenta las exigencias del principio pro actione, y de la actio nata (...), la consecuencia obligada es que el inicio del plazo para el cómputo de la prescripción de la acción debe computarse*

desde la fecha en que el Tribunal Supremo (...) inadmite el recurso (...)". De manera que, es a partir de la publicación del Auto de inadmisión del Tribunal Supremo de X de X de 2022 la fecha en la que se debe comenzar a contar el plazo.

17. Finalmente, en cuanto al cómputo del requisito establecido en el artículo 34.1 LRJSP, de nuevo, no se puede considerar que deba ser cumplido, por su incompatibilidad con el ordenamiento europeo. Al igual que sucedía con los anteriores requisitos, el Abogado General entiende en sus Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 2021 que el requisito de *"la existencia de una resolución previa del Tribunal de Justicia que declare que las disposiciones del Derecho nacional son contrarias al Derecho de la Unión para poder exigir la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, es contrario al principio de efectividad"*, lo que conlleva que, *"tanto el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del Estado Legislador como la limitación de los daños indemnizables por esa causa, también (sean) contrarios al principio de efectividad"*. Y, además, con base a lo establecido por el TS en Sentencia de 16 de noviembre de 2021 citada en el FD 14 de este escrito, todas las autoridades públicas, y más este órgano como Administración pública sometida a la Ley, tienen el deber de inaplicar las normas internas contrarias al Derecho de la Unión Europea.

Y, en su virtud,

SOLICITA: que tenga por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, que lo admita y, previos los trámites procedimentales oportunos, dicte resolución por la que se reconozca a mi representada, de conformidad con los artículos 32 y concordantes de la Ley 40/2015, el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos, que ascienden a la suma de 250.000 euros.

En Madrid, a X de X de 2022.

Fdo. Federico Martín Martín

8. BIBLIOGRAFÍA

A) Libros

ALONSO GARCÍA, M.C y MARTÍN GONZÁLEZ, I., “*La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*”, editorial Iustel, Madrid, 2020.

ALONSO GARCÍA, R., “*Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*”, Colección Ceura, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

COBREROS MENDAZONA, E., “*La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su cumplimiento del Derecho de la Unión Europea*”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

COBREROS MENDAZONA, E., “*Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*”, Monografías Iustel, Madrid, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ, T-R., “*Curso de Derecho Administrativo*”, volumen II, Sexta Edición, Civitas, 1999.

JANER TORRENS, J.D., “*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*”, editorial Tirant monografías, Valencia, 2002.

MORENO FERNÁNDEZ, J.I., “*La responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*”, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

MORENO QUIRÓS, J.A., “*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*”, Aranzadi, Navarra, 2018.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “*Principios de Derecho Administrativo General II*”, Cuarta Edición, Iustel, Madrid, 2016.

B) Artículos de revista

CAMPOS MARTÍNEZ, Y.A., “*La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria*”, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

CANO CAMPOS, T., “*El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la actio nata*”, Revista de Administración Pública, núm. 210, (2019), págs.175-216.

GONZÁLEZ ALONSO, A., “*La responsabilidad del estado legislador por vulnerar el derecho europeo o la constitución: un análisis comparativo. Revista Española de Derecho Constitucional*”, núm. 106, págs. 381–429.

LEIVA LÓPEZ, A.D., “*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea*”, Revista Catalana de Dret Públic, núm. 63, 2021.

LITAGO LLEDÓ, R., “*La acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador de la Ley 40/2015 aplicada a la materia tributaria o el incremento de la litigiosidad con respaldo legal*”, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 11/2019, págs. 208-222.

MARTÍN VALERO, A.I., “*La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: alcance del concepto “recurso” del artículo 34.4 LRJSP*”, Actualidad Administrativa, núm.4, 1 de abril de 2021, Wolters Kluwer.

MORET MILLÁS, V., y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., “*La responsabilidad del Estado-Legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015*”, Revista de las Cortes Generales, núm. 100, Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestres (2017), págs. 7-46.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “*La Unión Europea: limitación de la soberanía, al menos, dos beneficios colaterales*”, Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, núm. 1, Universidad de Cádiz, 2020, págs. 43-61.

ROMERO REYES, C., “*Dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición administrativa*”, Actualidad Administrativa, núm. 8, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Abr. 2011, pág. 944, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer (LaLeyDigital).

TOLEDANO CANTERO, R., “*La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea por los tribunales nacionales. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aproximación a las novedades introducidas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público*”, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 100, Monográfico Conmemorativo, págs. 655-684.