

LA EXIGIBILIDAD DEL REQUISITO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA AL APLICAR EN NUESTRO ORDENAMIENTO EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*

EDORTA COBREROS MENDAZONA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

I. PLANTEAMIENTO.—II. APROXIMACIÓN AL REQUISITO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA: 1. *Un concepto propio y específico de la responsabilidad extracontractual del ordenamiento de la Unión Europea.* 2. *Su incorporación al incumplimiento estatal.* 3. *La difícil determinación de su contenido.* 4. *Finalidad y justificación.*—III. LAS RAZONES PARA UNA POSIBLE EXCLUSIÓN DEL REQUISITO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA: 1. *La invocación del principio de equivalencia:* A) El planteamiento. B) Una aplicación del principio de equivalencia que ya se ha producido en este ámbito: la importante *Sentencia Transportes Urbanos*. C) El principio de equivalencia no es fundamento adecuado o suficiente para prescindir del requisito de la violación suficientemente caracterizada. 2. Un mejor fundamento para su exclusión.—IV. LA INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO QUE RECHAZA LA EXCLUSIÓN DEL REQUISITO.—V. LA EXIGENCIA DEL REQUISITO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. *La primera jurisprudencia (2012-2013).* 2. *La segunda jurisprudencia (2014).* 3. *Análisis de la posición del Tribunal Supremo.*—VI. SOBRE SI HAY SIMILITUD ENTRE EL SISTEMA INTERNO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN.—VII. SOBRE SI NUESTRO SISTEMA INDEMNIZATORIO ES MÁS BENEFICIOSO O NO QUE EL ESTABLECIDO POR EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO: 1. *Para la responsabilidad del legislador.* 2. *Para la responsabilidad de la Administración.* 3. *Para la responsabilidad judicial.*—VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA.

RESUMEN

Recientemente se ha planteado si en el ordenamiento español de aplicación no debiera prescindirse del requisito de que la violación del Derecho de la Unión Europea sea «suficientemente caracterizada» para que surja en el particular el derecho a ser indemnizado por los daños así causados. Se analizan aquí las diversas posturas mantenidas al respecto, especialmente lo dicho por el Tribunal Supremo (favorable a la exigencia de tal requisito); se formulan tres conclusiones y se avanza una propuesta.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial del Estado; incumplimiento del Derecho de la Unión Europea; violación suficientemente caracterizada.

* Trabajo realizado en el Grupo de Investigación GIC IT662-13, incluido en la UFI 11/05.

ABSTRACT

It has recently been considered whether within the Spanish application order it should not be excluded the criterion of infringement of EU Law to be a «sufficiently serious breach» in order to create in the particular the right to damages. Here we analyze various positions in this regard, especially what the Supreme Court has said (favourable to the requirement of such criterion), three conclusions are provided and a proposal is put forward.

Key words: financial liability against the State; infringement of European Union Law; sufficiently serious breach.

I. PLANTEAMIENTO

El Tribunal de Justicia ha reiterado hasta la saciedad que el Derecho de la Unión Europea configura el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados sobre una tríada de requisitos: a) el incumplimiento de una norma europea destinada a conferir derechos a los particulares; b) la cualificación de dicho incumplimiento como una «violación suficientemente caracterizada»; y c) la relación de causalidad directa entre tal tipo de incumplimiento estatal y el daño originado.

Se trata de unos requisitos propios del Derecho de la Unión y acuñados jurisprudencialmente por el Tribunal de Luxemburgo; razón por la que los jueces estatales que tienen que aplicarlos están vinculados plenamente a ellos. Es más, ni los legisladores estatales pueden mantener —o, lo que sería peor, crear— normas contrarias a los mismos¹ ni los aplicadores estatales (entre nosotros: Administración primero y juez contencioso-administrativo después) pueden interpretar su ordenamiento de manera que resulte incompatible con la construcción del principio de responsabilidad estatal, en cuya base están los tres requisitos mencionados. Constituyen, así, exigencias comunes e ineludibles para todos los Estados miembros; o, dicho de otra manera, estos tres requisitos, tal y como han sido acuñados, son *ius cogens* para las autoridades estatales.

Ahora bien, el ejercicio efectivo de la correspondiente acción indemnizatoria se ejercerá ante las autoridades judiciales estatales; remisión a los cauces estatales para la aplicación efectiva del principio resarcitorio que no se hace incondicionadamente o en blanco, sino que

¹ Así, en la *Sentencia Comisión c. Italia*, de 24 de noviembre de 2011, C-379/10, el Tribunal de Justicia declarará el incumplimiento de la República Italiana por mantener en su ordenamiento una ley más restrictiva a la hora de aplicar el sistema de responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea.

siempre va acompañada de dos principios —también de Derecho de la Unión (y, por lo tanto, de obligado respeto por parte de todas las autoridades estatales, asimismo)—, cuales son: a) el *principio de efectividad*, esto es, que la remisión a los cauces estatales no puede ser una remisión «a ninguna parte» (si se permite la expresión), por falta de viabilidad o, incluso, por inexistencia de un procedimiento adecuado; y b) sobre todo, el *principio de equivalencia*, es decir, que el tratamiento que reciben las acciones basadas en este tipo de pretensiones no sea peor que el que reciben las semejantes basadas en el ordenamiento estatal.

En este sentido, se ha cuestionado si, por exigencias de este principio de equivalencia, no habría de prescindirse en nuestro ordenamiento del mencionado requisito de la violación suficientemente caracterizada. En este trabajo se tratarán las diversas interpretaciones que se han dado hasta este momento, analizándolas críticamente y avanzando algunas propuestas al respecto. También se advierte de que el análisis abarcará los tres tipos de responsabilidad, como es la administrativa, la judicial y la del propio legislador; pero nos llevará mayor atención el último supuesto, esto es, el de la responsabilidad derivada de la aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión, porque es el ámbito en el que con mayor frecuencia se han producido reclamaciones de este tipo y porque, como se podrá comprobar un poco más adelante, presenta algunas dificultades mayores.

Pero, antes, conviene aclarar el concepto mismo de «violación suficientemente caracterizada».

II. APROXIMACIÓN AL REQUISITO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA

1. *Un concepto propio y específico de la responsabilidad extracontractual del ordenamiento de la Unión Europea*

La exigencia de que, para que sea indemnizable, el incumplimiento del Derecho que produce un daño no constituya una ilegalidad cualquiera, sino que supere un cierto umbral de especial gravedad que lo haga intolerable, viene de lejos en el Derecho de daños del ordenamiento de la Unión Europea. Pero, inicialmente, era un requisito creado por el Tribunal de Justicia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las instituciones de la Unión Europea².

² Para la más cabal comprensión este requisito, surgido en el ámbito aplicativo del párrafo segundo del artículo 340 TFUE —«En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes, de conformi-

Es un concepto del Derecho de la Unión original y autónomo —en el sentido de que su alcance y contenido vienen delimitados, exclusivamente, por lo que el Tribunal de Justicia interpreta—, cuyos contornos no resultan nada sencillos y del que hay que decir también que ha sido criticado por el restrictivo resultado al que conduce, pues, en definitiva, no todas la ilegalidades causantes de un daño a un particular deberán ser indemnizadas, sino tan sólo aquellas que reúnan esta especial cualificación.

2. *Su incorporación al incumplimiento estatal*

Como es sabido, la *Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame*³ modifica, en buena parte, la construcción efectuada en la *Sentencia Francovich*⁴ —debido, probablemente, a las críticas de incoherencia que se le habían formulado a ésta— e importa al ámbito de la responsabilidad de los Estados la experiencia habida con respecto a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión Europea. Así, dirá que «los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño» (aptdo. 42).

Esta homogeneización del régimen de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea —por la que resulta, así, indiferente que corresponda tal obligación resarcitoria a la Unión o a un Estado miembro— acarrea la incorporación al

dad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros»—, valga aquí con la remisión a un pionero (entre nosotros) trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo», en la obra colectiva, dirigida por G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 133 y ss.; y a las aportaciones de E. GUICHOT REINA, en *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 81 y ss., y, más actualizadamente, en «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en la obra colectiva, dirigida por BENEYTO y coordinada por MAILLO y BECERRIL, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo V, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, espec. págs. 433 y ss.

³ De 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93, dictada por el Pleno del Tribunal.

⁴ De 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, dictada por el Pleno del Tribunal y que, como es sabido, es la primera en instaurar el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del (entonces) Derecho comunitario.

régimen de la responsabilidad estatal del conocido (y nada sencillo) requisito de la «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión Europea⁵. Lo que significará que no cualquier infracción del ordenamiento de la Unión origina la obligación de indemnizar, sino sólo aquella que reúna esta característica, precisamente, que es equivalente a una violación *manifiesta y grave* del Derecho de la Unión Europea⁶.

Se produce, así, una *reconducción a la unidad* del sistema de responsabilidad patrimonial del Derecho de la Unión Europea⁷ —si bien «a la baja»—, con lo que si la aplicación del propio concepto de violación suficientemente caracterizada a la responsabilidad de las instituciones de la Unión no había estado exenta de autorizadas críticas —como son, por ejemplo, las de los Abogados Generales Léger y Tesauro, manifestadas antes de que se dictase la *S. Brasserie*⁸— era lógico prever que ahora también se produjesen en relación al sistema de la responsabilidad de los Estados⁹.

Posteriormente, este sistema único ha ido incorporando matices, de tal manera que el actual incumplimiento que obliga a resarcir no es exactamente igual al que existía a mediados de los noventa (cuando se dicta la *S. Brasserie*) para la responsabilidad patrimonial de la Comunidad y que se pretendía aplicar a la de los Estados. En este sentido, aunque la asunción por la *S. Brasserie* del requisito de la violación suficientemente caracterizada se hace de una manera inevitablemente complicada por venir condicionada por la jurisprudencia existente en

⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia venía exigiéndolo a las pretensiones indemnizatorias contra la Comunidad, al menos desde 1971 (pues ya aparece en la *Sentencia Zuckerfabrick Schöppenstedt*, de 2 de diciembre de 1971, C-5/71, aptdo. 11).

⁶ Como el propio Tribunal de Justicia se encarga de señalar, recordando su asentada jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual de la Unión: «sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades» (*S. Brasserie*, cit., aptdo. 45).

⁷ *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis de E. GUICHOT REINA, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos...*, cit., págs. 679 y ss.

⁸ Así, el Abogado General Léger, en las Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995 en el *as. Hedley Lomas*, C-5/94, se hizo favorable eco de las opiniones que consideraban el sistema de la responsabilidad *ex* 340 TFUE como «*insatisfactorio*, demasiado riguroso e insuficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo» (aptdo. 145; la cursiva en el original).

Por su parte, en las Conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1995 (aptdo. 63) en el *as. Brasserie*, cit., el Abogado General Tesauro no tendría reparo en decir que «esta jurisprudencia estableció requisitos tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño».

⁹ Es más, el Abogado General Léger, en las muy elaboradas Conclusiones citadas en la nota anterior, aptdo. 111, propuso no que la responsabilidad de los Estados se recondujese a la de las instituciones de la Unión Europea (como así sucedería en *Brasserie*), sino al revés, que fuese el de éstas el que se aproximase al que en aquel momento tenían los Estados y que era el establecido en *Francovich* (que, como sabemos, no incluía esta discutida limitación).

el ámbito de la responsabilidad de la Unión, sobre todo por sus actos de naturaleza legislativa¹⁰, ahora ya podemos prescindir de tantos matices y precisiones que se recogen en tal Sentencia porque, muy poco tiempo después —el giro jurisprudencial ya se advierte en la *Sentencia Hedley Lomas*¹¹—, el Tribunal de Justicia simplificará algo el sistema y tal requisito no se exigirá sólo en determinados casos (concretamente, en aquellos en los que hubiese amplias facultades de apreciación por parte del legislador), sino que va a figurar ya, con carácter general, en todos los casos (sin perjuicio de que en los últimamente mencionados sea en los que mayor papel deba jugar, como condición restrictiva que es).

Así, si hay margen de apreciación, habrá que probar que se ha producido una extralimitación grave o manifiesta por parte del Estado de tal margen para entender cumplido el requisito de la violación suficientemente caracterizada. En los casos en los que no haya margen de apreciación para el Estado (o discrecionalidad, si se prefiere), el puro incumplimiento *puede* constituir *per se* una violación suficientemente caracterizada y, en consecuencia, constatado aquél, se califique ésta de tal¹². Esta matización o precisión es especialmente importante si tenemos en cuenta que, a diferencia del caso de la responsabilidad de la Unión, serán mucho más numerosos los supuestos en los que los Estados carezcan de tal margen de apreciación o éste sea considerablemente reducido. En tales hipótesis, la regla general será que el incumplimiento equivalga a la violación suficientemente caracterizada¹³.

¹⁰ «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica» (*S. Brasserie*, cit., aptdo. 44).

¹¹ De 23 de mayo de 1996, C-5/94, dictada por el Pleno del Tribunal.

¹² Así, entre otras muchas, por ejemplo, en la *Sentencia A.G.M.-COS.MET*, de 17 de abril de 2007, C-470/03, aptdo. 82, donde el Tribunal de Justicia razona (y concluye) de la siguiente manera: «las obligaciones enunciadas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva no otorgan un margen de apreciación a los Estados miembros. (...) Por consiguiente, procede considerar que una infracción del artículo 4, apartado 1, de la Directiva (...), es suficientemente caracterizada».

¹³ Sin embargo, aunque en la gran mayoría de los casos de inexistencia de margen de apreciación el puro incumplimiento ya constituya una violación suficientemente caracterizada, no debe caerse en una identificación absoluta al respecto, sino que siempre habrá que valorar las circunstancias de cada caso. Como advertiera GUICHOT, este automatismo probablemente sólo proceda «respecto a la omisión absoluta de transponer directivas en plazo; siempre, además, que no pueda alegarse que la normativa nacional permitía pensar que no era necesaria dicha adaptación» (*La responsabilidad extracontractual...*, cit., pág. 495).

3. *La difícil determinación de su contenido*

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

Tales elementos a tener en cuenta son: a) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada; b) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales; c) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado; d) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho; y e) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión Europea hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión (aptdo. 56).

El concepto de la violación suficientemente caracterizada no ha sido posteriormente determinado con mayores precisiones, además del ya mencionado carácter de «manifiesto» y «grave». A lo más, podrían citarse algunos pronunciamientos del (ahora) Tribunal General, en recursos por indemnización contra la Unión —o sea, *ex* artículo 340 TFUE (por remisión del art. 268 TFUE), pero que ya se ha visto cómo el Tribunal de Justicia ha interpretado que deben compartir régimen jurídico con el caso que aquí nos ocupa—, que consideran cumplido el requisito de la violación suficientemente caracterizada cuando se compruebe «una irregularidad que no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias»¹⁴.

Pero es verdad, también, que en la *S. Brasserie* se efectúa una aportación decisiva —que se mantiene vigente desde entonces, sin variación—, cual es la de establecer que *siempre* habrá una violación suficientemente caracterizada (aptdo. 57) en los siguientes supuestos:

1.º Cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia que declare la existencia del incumplimiento estatal (*ex* art. 260 TFUE), como sucedía en los dos asuntos

¹⁴ *Sentencia Comafrica*, de 12 de julio de 2001, T-198/95, 171/96, 230/97, 174/98 y 225/99, aptdos. 138 y 149; *Sentencia Medici Grimm*, de 26 de enero de 2006, T-364/03, aptdo. 79; *Sentencia Ariegodan*, de 3 de marzo de 2010, T-429/05, aptdo. 62; y *Sentencia Sison III*, de 23 de noviembre de 2011, T-341/07, aptdo. 39.

causantes de las cuestiones prejudiciales que se resolvían en esta Sentencia.

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

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

En fin, lo que no *pueden los Estados*, en ningún caso, es *añadir ulteriores requisitos* a éste de la violación suficientemente caracterizada, tal y como lo interpreta el Tribunal de Justicia¹⁵.

La apreciación concreta de la existencia de esta violación suficientemente caracterizada corresponde, en principio, a los jueces estatales que conocen de la acción indemnizatoria. Y a ellos se remite, expresamente, el Tribunal de Luxemburgo en numerosas ocasiones (según lo que podríamos considerar su interpretación más asentada); pero también es verdad que, en otras muchas ocasiones, el Tribunal de Justicia ha considerado que, con el planteamiento de la cuestión prejudicial —que, como es harto conocido, requiere que determine no sólo el régimen normativo en el que se inscribe el pleito *a quo*, sino su «contexto fáctico», con explicación de los supuestos de hecho en los que se basa tal cuestión—, se sentía suficientemente ilustrado con respecto a las circunstancias concretas del caso y, en consecuencia, ha entrado de lleno a decidir también si se había producido o no tal incumplimiento (calificado como manifiesto y grave, se insiste) del Derecho de la Unión por parte de algún órgano o institución estatal.

4. *Finalidad y justificación*

La *finalidad* a la que responde esta creación jurisprudencial del requisito de la violación suficientemente caracterizada no es otra —como, por lo demás, resulta evidente— que restringir o limitar los supuestos indemnizatorios. Dicho más directamente, se trata de salvaguardar la posibilidad de casos en los que, pese a producirse y constatarse un in-

¹⁵ En efecto, respondiendo a la problemática que planteaba el Derecho alemán de daños, en la propia *S. Brasserie* se dirá que la obligación de reparar no puede quedar supeditada a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión (aptdo. 79).

cumplimiento (en nuestro caso, de un Estado miembro; anteriormente, sólo de una institución de la Unión Europea), el daño originado no tenga que ser resarcido. Como ha reconocido de manera palmaria el Tribunal General, refiriéndose a una actuación de la Comisión: «la declaración de ilegalidad de un acto jurídico (...) no basta, por lamentable que sea esa ilegalidad, para considerar que concurra el requisito para generar la responsabilidad de la Comunidad»¹⁶.

En definitiva, se trata de admitir o reconocer un cierto *margen de tolerancia* frente a la ilegalidad, que comporta la no resarcibilidad de algunas actuaciones u omisiones ilegales dañosas.

La *justificación* de esta opción interpretativa, que el Tribunal de Justicia no ha explicitado nítidamente en el caso de la responsabilidad de los Estados miembros, tenemos que deducirla de las razones que, en su momento, fundamentaron (y lo siguen haciendo, en lo esencial) esta restricción en favor de las instituciones de la Unión. En palabras actuales del Tribunal General para referirse a la responsabilidad *ex* artículo 340 TFUE, el requisito de una violación suficientemente caracterizada «pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, *evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las personas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en vista del interés general*, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables»¹⁷.

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

¹⁶ Previamente, el Tribunal se había apoyado en la existencia de sendos recursos, como son el de anulación y el de responsabilidad, que son autónomos y responden a finalidades diferentes. Así, dirá: «En efecto, según la jurisprudencia, el recurso por responsabilidad se estableció como un recurso autónomo, con una función determinada en el marco del sistema de recursos y supeditado a requisitos de ejercicio concebidos en función de su objeto específico (...). Mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la ilegalidad o la falta de adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso de indemnización tiene por objeto la solicitud de reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución». Las citas del texto y de esta nota están tomadas de la *S. Artegodan*, cit., aptdos. 49 y 51; y se reiteran, para una actuación del Consejo de la Unión Europea, en la *S. Sison III*, cit., aptdos. 31 y 32, respectivamente.

¹⁷ *S. Sison III*, cit., aptdo. 34 (la cursiva está añadida); y, en idéntico sentido, en la *Sentencia Animal Trading Company*, de 16 de septiembre de 2013, T-333/10, aptdo. 65, y en la *Sentencia Safa Nicu Sepahan*, de 25 de noviembre de 2014, T-384/11, aptdo. 51.

III. LAS RAZONES PARA UNA POSIBLE EXCLUSIÓN DEL REQUISITO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA

1. *La invocación del principio de equivalencia*

A) *El planteamiento*

La posible e incluso debida exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada no ha sido una pura elucubración, pues entre nosotros ya lo ha propugnado alguna destacada posición doctrinal¹⁸ y así se lo ha cuestionado el propio Tribunal Supremo, en los términos que veremos un poco más adelante.

El fundamento de tal planteamiento es el siguiente: a) el requisito de la violación suficientemente caracterizada supone un incumplimiento manifiesto y grave del Derecho de la Unión Europea; b) sin embargo, nuestro sistema interno de responsabilidad patrimonial no exige tal cualificación en la ilegalidad causante del daño; c) luego a la hora de solicitar una indemnización al Estado, por su incumplimiento del Derecho de la Unión, tampoco se debería exigir tal tipo, nivel o cualificación de ilegalidad, que reduce los supuestos de otorgamiento de indemnización.

Intentaremos mostrar que un planteamiento así formulado no parece del todo correcto, *sin perjuicio de la parte de razón que le pueda asistir en cuanto al resultado final*.

Si analizamos el origen y la funcionalidad del principio de equivalencia en el Derecho de la Unión Europea vemos que éste siempre ha venido referido, por parte del Tribunal de Justicia, a las vías o cauces estatales «internos» —mayoritariamente judiciales, pero también administrativos— de aplicación o de ejecución de aquel Derecho. Así, hace ya casi cuarenta años que el Tribunal de Justicia formuló las exigencias de este principio de equivalencia, refiriéndolas expresamente a las *normas procesales* a través de las cuales se debieran hacer efectivos los derechos generados, en el caso, por el efecto directo del ordenamiento supranacional¹⁹. Y así lo viene manteniendo hasta nuestros días: «según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a falta de normativa de la Unión en la materia, *las modalidades procesales*

¹⁸ Como es el caso de los especialistas GUICHOT REINA, CARRILLO DONAIRE y LÓPEZ MENU-DO, en su crónica jurisprudencial sobre «Responsabilidad administrativa», en *Justicia Administrativa*, núm. 60, 2013, pág. 200, donde claramente abogan por la exclusión de la violación suficientemente caracterizada en aplicación de este principio.

¹⁹ *Sentencia Rewe*, de 16 de diciembre de 1976, 33/76, aptdo. 5.

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 (principio de equivalencia)»²⁰.

Conviene precisar, adicionalmente, que este principio de equivalencia no requiere de manera inexcusable que a las actuaciones basadas en el Derecho de la Unión se les aplique el régimen procedimental más favorable de los existentes en el ordenamiento estatal²¹. Dicho con otras palabras, el principio de equivalencia no implica el óptimo procedimental.

En el tema que nos ocupa, este principio también tiene su aplicación, y de manera indudable; pero para los aspectos formales o procedimentales del ejercicio de la acción indemnizatoria²². Así, entre nosotros, el principio de equivalencia ha resultado decisivo para modificar la interpretación que venía haciendo el Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos procedimentales exigidos para poder reclamar una indemnización al Estado por la aplicación de una ley que, después, se había desvelado como contraria al Derecho de la Unión Europea. Veámoslo a continuación.

B) *Una aplicación del principio de equivalencia que ya se ha producido en este ámbito: la importante Sentencia Transportes Urbanos*

Desde su toma de postura en la *Sentencia de 29 de enero de 2004*²³, el Tribunal Supremo venía rechazando expresamente trasladar la construcción sobre la responsabilidad por ley inconstitucional²⁴ al caso de

²⁰ *Sentencia Specht y otros*, de 19 de junio de 2014, C-501 a 506 y 540 y 541/12, aptdo. 112 (la cursiva está añadida).

²¹ Así lo viene afirmando el Tribunal de Justicia desde su *Sentencia Levez*, de 1 de diciembre de 1998, C-326/96, aptdo. 42.

²² Para la compatibilidad de este principio de equivalencia con determinadas exigencias procedimentales, en Alemania, para la acción indemnizatoria también, *vid.* la *Sentencia FuB*, de 25 de noviembre de 2010, C-429/09, aptdos. 71 a 73.

²³ Rec. núm. 52/2002 (Ponente: Sieira).

²⁴ Elaborada por el Alto Tribunal a partir de dos importantes *SSTS de 14 de diciembre de 2000* (recursos núms. 485 y 486/1998; Ponente: Sieira) y seguida en otras muchas con posterioridad. Para esta construcción jurisprudencial, *vid.*, por todos (con privilegiado conocimiento de causa), J. A. XIOL RÍOS, «La responsabilidad patrimonial por acto legislativo», en la obra colectiva, coordinada por MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, espec. págs. 1065 y ss.

la responsabilidad por ley incompatible con el Derecho de la Unión²⁵. Resumidamente dicho, para el Tribunal Supremo, al contrario de lo que sucedía con los actos de aplicación de una ley después declarada inconstitucional —en donde no puede considerarse una carga exigible al particular que, con la finalidad de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley, tenga que recurrir un acto adecuado a la misma, aduciendo su inconstitucionalidad (por la presunción de constitucionalidad de que goza la ley y porque los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad)—, en el caso de actos de aplicación de una ley después considerada incompatible con el Derecho de la Unión Europea, el particular sí que era titular de una acción para invocar ante los tribunales la contradicción entre el ordenamiento estatal y el de la Unión —según la conocida construcción del principio de la primacía aplicativa del Derecho supranacional— y, por lo tanto, podía (y debía) recurrir el acto de aplicación que considerara incumplidor del Derecho de la Unión.

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

Por lo tanto, si no se hubiera hecho esto último (recurrir el acto), la doctrina del acto firme y consentido, unida al principio de seguridad jurídica, se imponía y, a diferencia de lo establecido en las sentencias recaídas sobre ingreso indebido del gravamen complementario (en aplicación de una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional), al no impugnar el acta de conformidad, el recurrente estaba obligado a soportar el perjuicio irrogado por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión.

Esta interpretación —de la que hay que reconocer que, aisladamente o considerado sólo el ordenamiento interno, no carecía de algún

²⁵ Relata el *iter* jurisprudencial N. MAURANDI GUILLÉN, «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la responsabilidad del Estado legislador por violaciones del ordenamiento europeo. Su plena incorporación a la jurisprudencia española en las sentencias de 17 de septiembre de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recursos 373/3006, 149/2007, 153/2007)», en AA.VV. (COORDS. GARCÍA DE ENTERRÍA Y ALONSO GARCÍA), *Administración y Justicia (Un análisis jurisprudencial)*. *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. II, Civitas, Madrid, 2012, págs. 3381 y ss.

fundamento²⁶— fue ampliamente criticada por sus consecuencias, ya que, en definitiva, suponía tratar a las reclamaciones indemnizatorias *ex iure europeo* de una manera mucho más estricta que a las que traían causa del propio ordenamiento constitucional.

Ahora bien, en uno de los muchos asuntos que se le habían planteado recurriendo la negativa gubernamental a la indemnización solicitada por la aplicación de la ley española contraria a la Directiva, el Tribunal Supremo decidió «cuestionarse a sí mismo» ante el Tribunal de Justicia²⁷, requiriéndole sobre la compatibilidad de su interpretación y aplicación (que ya hemos visto) con los principios del ordenamiento de la Unión de equivalencia y de efectividad, precisamente.

Así es como se produce la *Sentencia Transportes Urbanos*²⁸, en la que el Tribunal de Luxemburgo llegará a la conclusión de que tal diferencia de régimen —esto es, el diverso tratamiento procedimental entre las indemnizaciones solicitadas con base en una ley posteriormente declarada inconstitucional (para las que la reclamación indemnizatoria tiene de plazo el año desde la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional estimatoria del recurso o de la cuestión) y las solicitadas con base en una ley posteriormente constatada como in-

²⁶ Vid. M. A. ORRIOLS SALLÉS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 17 de septiembre de 2010», en AA.VV. (coords. GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA), *Administración y Justicia...*, cit., vol. I, espec. págs. 1897 y ss.

²⁷ *Auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008*, rec. núm. 153/2007 (Ponente: Robles). Se ocuparon inmediatamente del planteamiento de este asunto J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE (A propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)», en *Diario La Ley*, núm. 6936, de 30 de abril de 2008; y R. ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho Comunitario: a propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 19, 2009, págs. 175 y ss.

²⁸ De 26 de enero de 2010, C-118/08. Se han hecho eco de esta sentencia, entre otros, M.^a C. ALONSO GARCÍA, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, 2010, págs. 74 y ss.; F. CORTESE, «Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azione di rimedio interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 5, 2010, págs. 1304 y ss.; J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «La responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010», en *Actualidad Administrativa*, núm. 8, 2010, págs. 1000 y ss.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado», en *Common Market Law Review*, núm. 6, 2010, págs. 1847 y ss.; R. FALCÓN Y TELLÁ, «La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del ordenamiento comunitario: la STJ 26 enero 2010 (Asunto Transportes Urbanos) y sus consecuencias», en *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2010, págs. 7-10; y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «"Igualar por abajo". La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011, págs. 141 y ss.

compatible con el Derecho de la Unión Europea (para las que se requería, en todo caso, la reacción dentro del año de producida la lesión, no computándose el plazo desde la sentencia del Tribunal de Justicia)— es incompatible con el principio de equivalencia²⁹. El concreto y escueto razonamiento de la Gran Sala³⁰ es que, teniendo las dos reclamaciones «exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado» (aptdo. 36), la única diferencia existente consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (aptdo. 43), y esta diferencia «no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia» (aptdo. 44)³¹.

A la vista de la interpretación efectuada desde Luxemburgo en respuesta a su cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo expresamente modificará³² sus exigencias en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión constatada con posterioridad a la relación jurídica donde se produce la lesión³³, asimilándolas a las de responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional³⁴.

²⁹ Del principio de efectividad, sobre el que también le había preguntado el Tribunal Supremo, la Sentencia de Luxemburgo guarda absoluto silencio, por lo que habrá que entender, dando por buenas las Conclusiones a las que a este respecto había llegado el Abogado General Póiares Maduro —presentadas el 9 de julio de 2009, en las que expresamente indicó que no se apreciaba discordancia alguna con tal principio (aptdo. 27)—, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no presentaba problema alguno.

³⁰ Se extiende mucho más, en coincidente argumentación de fondo, el Abogado General en sus Conclusiones, cit., aptdos. 28 a 40.

³¹ Aunque, para precisar mejor su alcance, también hay que decir que, al afrontar el principio de equivalencia, el propio Tribunal de Luxemburgo, en esta misma Sentencia (aptdo. 34), recuerda su tradicional doctrina al respecto, consistente en que este principio *no puede interpretarse en el sentido de que obligue a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho*.

³² Inicialmente, en tres SSTs de 17 de septiembre de 2010, recursos 373/2006, 149/2007 y 153/2007 (de las tres, Ponente: Lesmes). Vid. J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «La rectificación por el TS de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las leyes internas que infringen el Derecho comunitario», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2011, págs. 227 y ss.

³³ Ésta ha sido su argumentación: «La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expresó, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad» (STS de 17 de septiembre de 2010, cit.).

³⁴ Viraje jurisprudencial sobre el que también hay que reconocer que no se han dejado de manifestar algunas reticencias, como, por ejemplo, las de B. SESMA SÁNCHEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho comunitario (Co-

C) *El principio de equivalencia no es fundamento adecuado o suficiente para prescindir del requisito de la violación suficientemente caracterizada*

El campo de juego de la equivalencia no es tanto el de los requisitos materiales o sustanciales como el de los procedimentales. Lo ha dicho ARZOZ de manera muy precisa: tras enmarcar los principios de equivalencia y efectividad en el más amplio de la cooperación leal³⁵, ha destacado que éstos «se aplican cumulativamente a la determinación de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una *norma procedimental o contenciosa interna*», añadiendo que «*las normas estatales aplicables a la ejecución del Derecho de la Unión Europea no pueden ser menos favorables que las aplicables a la ejecución de normas puramente internas (principio de equivalencia o de no discriminación)*»³⁶.

Conviene matizar o atemperar lo anterior precisando que una drástica distinción entre requisitos materiales y requisitos formales puede resultar no del todo correcta en el sentido de que, a veces, el cauce condiciona el fondo, y viceversa³⁷. Teniendo por formulada esta advertencia, lo que no debe hacerse, sin embargo, es extender incondicionadamente el ámbito de aplicación del principio de equivalencia adonde no está llamado a actuar, según el ordenamiento de la Unión.

La posición que aquí se mantiene es que el principio de equivalencia —así, sin mayores precisiones— no resulta un argumento incontestable para justificar una eventual exclusión del requisito de la vio-

mentario a la STS de 17 de septiembre de 2010», en *Diario La Ley*, núm. 7553, de 24 de enero de 2011; C. PLAZA MARTÍN, «Un viaje de ida y vuelta en Transportes Urbanos. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador y principio de equivalencia (Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2010 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010)», en AA.VV. (coords. GARCÍA DE ENTERRÍA Y ALONSO GARCÍA), *Administración y Justicia...*, cit., vol. II, espec. págs. 3537 y ss.; o J. TORNOS MAS, «La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010», en AA.VV. (coords. GARCÍA DE ENTERRÍA Y ALONSO GARCÍA), *Administración y Justicia...*, cit., vol. I, espec. págs. 2377-2378.

³⁵ *Ex* artículo 4.3 TFUE; antes más conocido como de «lealtad comunitaria» (a partir del antiguo art. 5 TCE).

³⁶ Concluyendo que «*las normas que los Estados miembros apliquen para la ejecución del Derecho de la Unión ofrezcan una protección de los derechos e intereses legítimos basados en el Derecho de la Unión equivalente a la que el ordenamiento interno proporciona a los derechos e intereses basados en normas puramente internas*» (X. ARZOZ SANTISTEBAN, «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, págs. 182 y 183; las cursivas están añadidas).

³⁷ Como tendremos ocasión de comprobar un poco más adelante, al tratar de nuestro ordenamiento de aplicación de las acciones indemnizatorias por incumplimiento *judicial* del Derecho de la Unión.

lación suficientemente caracterizada, porque éste es fundamentalmente un requisito de fondo o sustancial. Ahora bien, lo que sí que hay que reconocer es que, por un lado, tal planteamiento ha gozado de un cierto predicamento y que, por otro lado, su reclamo no está exento de alguna explicación, dado el contexto y la formulación utilizada por el Tribunal de Justicia al respecto y dado algún anterior pronunciamiento de este mismo Tribunal, en otro ámbito, en el que el principio de equivalencia se utiliza también para los requisitos de fondo³⁸.

En fin, como ya se ha adelantado, para resolver la cuestión habrá que analizar diferenciadamente el tipo de responsabilidad (administrativa, judicial o del legislador) de que se trate, lo que nos llevará a soluciones más matizadas.

2. *Un mejor fundamento para su exclusión*

En la construcción del principio de la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha dicho algo más que puede justificar mejor la tesis de la exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada. En efecto, en la elaboración jurisprudencial del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, cuando su apreciación concreta se remite a los cauces internos, el Tribunal de Justicia no se ha limitado a reiterar la cautela «canónica» del principio de equivalencia, sino que ha afirmado algo más.

Resultan decisivas, así, las referencias explícitas a que si *los requisitos materiales o de fondo* de los ordenamientos estatales de aplicación son menos restrictivos o más «generosos» habrán de aplicarse éstos y no el estándar establecido por el Derecho de la Unión. No sólo, por tanto, hay que respetar la equivalencia en el tratamiento procesal de las acciones de indemnización, sino que además la regulación de fondo puede tener que ser la estatal, si se trata de la condición más beneficiosa.

Veamos cómo lo ha recogido el Tribunal de Luxemburgo en las tres más emblemáticas sentencias sobre la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea:

A) En *Francovich* podemos leer: «Debe señalarse, además, que *las condiciones de fondo* y de forma establecidas por las diversas legis-

³⁸ Se trata de las obligaciones de los Estados miembros de reforzar la eficacia del Derecho de la Unión por medio de sanciones (penales o administrativas). Lo ha puesto de manifiesto con agudeza R. ALONSO GARCÍA, en su *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 4.ª ed., Civitas/Thomson, 2014, págs. 144 y 145.

laciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna»³⁹.

B) También en *Brasserie* se dice: «Los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, *sin excluir, no obstante, que, con arreglo al derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*»⁴⁰.

C) Asimismo, en *Köbler* se reitera de idéntica manera: «Los tres requisitos (...) son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, *sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*»⁴¹.

Con posterioridad, en otras muchas sentencias se ha ratificado en esta misma idea, con igual formulación⁴².

La utilización de las mismas expresiones o muy similares a las del contenido del principio de equivalencia y la ubicación sistemática de estas advertencias (junto a la remisión a los cauces internos) han podido propiciar su identificación con el principio de equivalencia. Pero es más correcto —se insiste— considerarlo un *plus* específico sobre aquél.

En todo caso, resulta innegable que, desde los comienzos de su construcción, el Tribunal de Justicia ha querido configurar la responsabilidad patrimonial estatal por incumplimiento de su Derecho con el carácter de un *mínimo común denominador para todos los Estados miembros*⁴³, y esto supone, indudablemente, un fondo de exigencias idéntico a todos ellos.

Como común denominador que es, no puede ser reducido, en el sentido de añadir más requisitos o exigencias para que surja el derecho

³⁹ S. *Francovich*, cit., aptdo. 43 (la cursiva está añadida).

⁴⁰ S. *Brasserie*, cit., aptdo. 66 (la cursiva está añadida).

⁴¹ S. *Köbler*, cit., aptdo. 57 (la cursiva está añadida).

⁴² Sin ningún ánimo de exhaustividad, *vid.* la *Sentencia Traghetti del Mediterraneo*, de 13 de junio de 2006, C-173/03, aptdo. 45; la *Sentencia Eman*, de 12 de septiembre de 2006, C-300/04, aptdo. 69; la *Sentencia Test Claimants in the FII Group*, de 12 de diciembre de 2006, C-446/04, aptdo. 209; la *Sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group*, de 13 de marzo de 2007, C-524/04, aptdo. 115; la *Sentencia A.G.M.-COS.MET*, cit., aptdo. 85; y la *Sentencia Leth*, de 14 de marzo de 2013, C-420/11, aptdo. 42.

⁴³ De «estándar mínimo de protección» lo calificó el Abogado General Léger en las Conclusiones al *as. Hedley Lomas*, cit., aptdo. 144, en expresión que ha hecho cierta fortuna (así, entre nosotros, la han utilizado R. ALONSO GARCÍA, en *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 50, e I. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, en *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, Thomson/Aranzadi, Madrid, Cizur Menor, 2004, pág. 144).

a la indemnización⁴⁴, y mucho menos eliminado para evitar ésta⁴⁵; precisiones que ahora parecen innecesarias, pero que en el momento de la introducción del principio no lo eran tanto, debido a la imprevisión o falta de adecuación de los ordenamientos estatales de recepción. Valga a este respecto con recordar ahora, por ejemplo: a) el impacto que supuso en 1991 que un Estado tuviese que indemnizar por su omisión legislativa (construcción *Francovich*, con la no incorporación de una Directiva); b) el que produjo en 1996 que un Estado que no tenía Constitución escrita tuviese que indemnizar por una ley contraria al Derecho de la Unión (construcción *Factortame*, por lo que al Reino Unido se refiere); c) o, en fin, el que originó en 2003 la afirmación (hipotética, en el caso) de que un Estado tendría que indemnizar por una sentencia de su Tribunal Supremo que no hubiera aplicado correctamente el Derecho de la Unión (construcción *Köbler*). En muchos Estados, estas consecuencias del principio de responsabilidad por incumplimiento «cogieron por sorpresa» (y sorpresa desagradable, podíamos añadir) a sus ordenamientos, pero la indisponibilidad que hemos señalado les llevó a todos a tener que acabar aceptándolas⁴⁶.

Ahora bien, este común principio resarcitorio está llamado a convivir con los (diversos) regímenes de indemnización existentes en cada ordenamiento estatal, que pueden ser más rigurosos o serlo menos en cuanto a los requisitos establecidos para obtener una indemnización para el supuesto de que un poder público, por causa de una actuación (u omisión) ilegal, haya ocasionado un daño. En este punto concreto se debe insertar la matización que acabamos de ver que hace el Tribunal de Justicia y que podemos reformular así: para el supuesto de que el régimen interno estatal fuera más generoso —esto es, exigiera menos requisitos o lo hiciera con menor intensidad—, el mínimo común resarcitorio de Derecho de la Unión Europea quedaría desplazado o sustituido por aquél.

⁴⁴ Como tuvo que advertir el Tribunal de Justicia al considerar el Derecho interno de daños de aplicación del principio en Alemania y en el Reino Unido en la *S. Brasserie*, cit., aptdos. 68 a 80.

⁴⁵ Como dijo el Abogado General Tesauro en sus Conclusiones, cit., en el *asunto Brasserie*, «los requisitos materiales mínimos, a diferencia de los procesales, no pueden dejar de ser comunes y, por tanto, comunitarios. Considero que éste es el único modo de evitar que la propia posibilidad de resarcimiento por la misma violación no se garantice de la misma forma en los distintos Estados miembros y que, por tanto, se produzca la discriminación entre los particulares que no debe tolerar una Comunidad de Derecho» (aptdo. 11).

⁴⁶ Dicho sea todo esto sin perjuicio de que existiera alguna preclara construcción que, con fundamento en el ordenamiento propio, hubiera adelantado esta consecuencia para el caso del incumplimiento del ordenamiento supranacional, como fue el caso, entre nosotros, de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando así lo sostuvo, hace ya veinticinco años, en «La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho Comunitario», en *Gaceta Jurídica CEE*, núm. 60, 1989, pág. 4.

Esto exigirá analizar si, efectivamente, en nuestro caso el sistema de responsabilidad acuñado por el Tribunal de Justicia debe inaplicarse en favor del propio del ordenamiento español. La respuesta a este interrogante no tiene carácter absoluto o incondicionado, sino que va a haber que distinguir diversos supuestos. Pero antes de emprender esta tarea debemos analizar lo que han dicho el Consejo de Estado y, sobre todo, el Tribunal Supremo a este propósito, puesto que han tenido ocasión de pronunciarse expresamente al respecto.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO QUE RECHAZA LA EXCLUSIÓN DEL REQUISITO

En su importante labor dictaminadora, el Consejo de Estado ha sido plenamente consciente (al menos desde 2010) del problema que plantea la aplicación del requisito de la violación suficientemente caracterizada, aunque su postura va a ser la de mantener su exigencia. Abordaremos de manera separada el supuesto más común al que se ha tenido que enfrentar, que es el de la responsabilidad estatal por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión, y el supuesto de actuación administrativa contraria a ese mismo Derecho, ya que sus argumentos no resultan coincidentes en ambos casos, aunque lleguen a idéntico resultado.

A) Ante una petición de indemnización basada en los daños ocasionados por una *ley impositiva española después declarada contraria al Derecho de la Unión Europea*, el solicitante argumentó expresamente la inaplicabilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada porque —a su entender— los requisitos para la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el ordenamiento español son menos restrictivos al respecto.

El Consejo de Estado desechará tal interpretación razonando, resumidamente, de la siguiente manera: a) la estricta regla establecida en el artículo 139.3 LRJPAC para los actos legislativos de naturaleza no expropriatoria no es más beneficiosa que la construcción del Tribunal de Justicia para la responsabilidad estatal por incumplimiento del ordenamiento europeo; y b) el principio de equivalencia se limita a las reglas procesales y, por lo tanto, con observar lo establecido en la *S. Transportes Urbanos* ya se cumple con el mismo⁴⁷.

⁴⁷ Para mayor precisión, merece reproducirse el tenor literal de *este Dictamen de 23 de septiembre de 2010*, núm. 1228/2010, que es el siguiente (las cursivas están añadidas):

Esta interpretación del Consejo de Estado no ha quedado limitada al Dictamen de referencia, sino que se ha reproducido en numerosas ocasiones⁴⁸.

Así, pues, de una manera muy escueta (pues se limita a decir que «parece claro» que la estricta regla del artículo 139.3 LRJPAC no resulta

«Ante todo, debe recordarse que la responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del Derecho de la Unión Europea ha de depurarse según las reglas sustantivas europeas, es decir conforme a “los tres requisitos contemplados anteriormente [que] 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” (STJ de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur-Factortame, asuntos C-46/93 y C-48/93, apartado 66). Para analizar en este caso 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 el artículo 139.3 de la Ley 30/1992: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”. 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, como cauce más favorable para la viabilidad de la acción.

Ya en esta última perspectiva, las reglas que determinan el cauce a seguir por la reclamación (en la que puede llamarse vertiente procesal) son las establecidas en la legislación española, que deberán aplicarse de manera que las condiciones de fondo y de forma establecidas no puedan ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna [principio de equivalencia] y no puedan articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización [principio de efectividad] (apartado 112 de la sentencia del Tribunal de Justicia citada por el reclamante, de 23 de abril de 2008, The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue, asunto C-201/05).

Pues bien, es en aplicación de estos principios cuando debe entenderse contraria al Derecho europeo una aplicación del régimen específico de responsabilidad del Estado legislador que haga imposible, en primer lugar, su apreciación en la práctica según el principio de efectividad (p. ej., en la citada sentencia Brasserie du Pêcheur-Factortame, el requisito impuesto por el Derecho alemán que condicionaba la reparación al hecho de que el acto u omisión del legislador se refiriese a una situación individual; o el impuesto por el Derecho inglés, consistente en aportar la prueba de un abuso de poder en el ejercicio de una función pública [*misfeasance in public office*]: cf. apartados 71 y 73 de dicha sentencia).

E igualmente debe entenderse vedada, en segundo lugar, una aplicación de este régimen de responsabilidad que sujete su estimación a reglas procesales menos favorables que las establecidas para acciones equivalentes en Derecho interno. Recientemente, es de tener en cuenta en este sentido la STJ de 29 de enero de 2010, [que es la S. Transportes Urbanos] que, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo sobre cierta jurisprudencia por él elaborada, ha entendido contraria al Derecho de la Unión Europea “una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una in-

más beneficiosa), el Consejo de Estado considera que el régimen español de la responsabilidad del Estado legislador no es más beneficioso que el que resulta de aplicar el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

No resulta ésta, sin embargo, la mejor manera de plantear (ni de resolver) la cuestión. Más correcto sería preguntarse si nuestro sistema de responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional, *tal y como lo interpreta y aplica el Tribunal Supremo* (esta precisión es decisiva), es menos estricto que el exigido para la responsabilidad patrimonial por ley contraria al Derecho de la Unión. Ésa es la comparación que procede, ya que no debemos ignorar que el artículo 139.3 LRJPAC ha quedado absolutamente «desbordado» por la construcción del Tribunal Supremo sobre la indemnizabilidad de los daños causados por leyes inconstitucionales.

Como intentaremos demostrar un poco más adelante, no parece que pueda afirmarse, sólidamente, que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial por aplicación de leyes inconstitucionales (también jurisprudencialmente acuñado, se insiste) resulte más restrictivo que el que establece que únicamente procede la indemnización cuando el legislador estatal ha violado manifiesta o gravemente el Derecho de la Unión Europea.

B) En relación con la *responsabilidad estrictamente administrativa* (en concreto, imputada a la Administración del Estado), el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en dos dictámenes igua-

fracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo 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, 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».

⁴⁸ Véanse, a título de ejemplo, los *Dictámenes de 14 de abril de 2011*, núms. 116 y 210/2011, respectivamente; el *Dictamen de 5 de mayo de 2011*, núm. 341/2011; el *Dictamen de 26 de mayo de 2011*, núm. 683/2011; los *Dictámenes de 27 de julio de 2011*, núms. 684, 786, 806, 913 y 915/2011, respectivamente; los *Dictámenes de 15 de septiembre de 2011*, núms. 1078 y 1080/2011, respectivamente; el *Dictamen de 29 de septiembre de 2011*, núm. 1320/2011; el *Dictamen de 21 de diciembre de 2011*, núm. 1692/2011; el *Dictamen de 15 de marzo de 2012*, núm. 1975/2011; el *Dictamen de 19 de julio de 2012*, núm. 317/2012; el *Dictamen de 17 de enero de 2013*, núm. 879/2012; el *Dictamen de 26 de septiembre de 2013*, núm. 651/2013; y el *Dictamen de 20 de marzo de 2014*, núm. 86/2014.

Aunque también es verdad que ni en su *Dictamen de 24 de octubre de 2013*, núm. 652/2013; ni en su *Dictamen de 10 de abril de 2014*, núm. 84/2014 —el último hasta el momento—, se plantea expresamente la posibilidad del desplazamiento a favor de un hipotético sistema interno menos riguroso.

les, en los que, por lo que aquí interesa, también afirma (sin gran profundidad argumental, hay que decir) que nuestro requisito de la anti-juridicidad no es menos restrictivo que el consistente en la violación suficientemente caracterizada. Éste es su razonamiento: «Entre los requisitos de la responsabilidad patrimonial exigidos por el ordenamiento español figuran los de que el interesado “no tenga el deber jurídico de soportar” el daño (artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y que “la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), que no pueden considerarse menos restrictivos, respectivamente, que la exigencia de una violación “suficientemente caracterizada” del Derecho comunitario y de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas contemplados por la jurisprudencia comunitaria»⁴⁹.

Así, pues, de tan categórica manera, para el Consejo de Estado, nuestro tradicional sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de carácter objetivo no es menos restrictivo que aquel que requiere una actuación administrativa ilegal y al que se le añade el requisito de que tal ilegalidad sea manifiestamente caracterizada. Argumentación que, ciertamente, choca con la interpretación tradicional sobre la amplitud de nuestro sistema de responsabilidad, que gira sobre la no obligación de soportar el daño sufrido y no sobre la mayor o menor gravedad de la ilegalidad que lo origina.

C) Del análisis de los dictámenes del Consejo de Estado podemos extraer *tres conclusiones* de interés a nuestros efectos.

La primera, que el Consejo de Estado es plenamente consciente de la hipótesis de que, al aplicar en nuestras vías internas el principio de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión, quizás no habría que exigir el requisito de la violación suficientemente caracterizada si, como se lo solicitaban los interesados, los requisitos de fondo fueran menos restrictivos.

La segunda, que considera que tal hipótesis no procede porque tanto nuestro sistema de responsabilidad del Estado legislador (para el supuesto de los daños ocasionados por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión) como nuestro sistema de responsabilidad administrativa (para el supuesto de los daños ocasionados por una actuación de las Administraciones públicas asimismo contraria al orde-

⁴⁹ *Dictamen de 31 de marzo de 2011*, núm. 73/2011, y *Dictamen de 14 de abril de 2011*, núm. 464/2011.

namiento supranacional) no son más beneficiosos que el mínimo establecido por el Tribunal de Justicia. En consecuencia, a su juicio, procede exigir siempre el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

La tercera es que, analizados sus dictámenes en conjunto, la exigencia de tal requisito es, precisamente, lo que le lleva al Consejo de Estado, en un gran número de casos, a considerar que no procede la estimación de las solicitudes indemnizatorias, aun cuando reconozca palmariamente la existencia de un incumplimiento del ordenamiento de la Unión Europea.

V. LA EXIGENCIA DEL REQUISITO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

También el Tribunal Supremo, de unos pocos años para acá, ha tenido que enfrentarse directamente con la cuestión que nos ocupa. Para un análisis más preciso de lo que ha dicho, primero diferenciaremos su jurisprudencia en dos periodos y luego haremos unas apreciaciones críticas.

1. *La primera jurisprudencia (2012-2013)*

Tras años en los que el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado se venía aplicando, sin sobresaltos, a partir de la exigencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada, en un determinado recurso contra la negativa gubernamental a indemnizar por la aplicación de una ley impositiva contraria al Derecho de la Unión, los demandantes plantearon —con cita expresa del fundamento jurídico de la *S. Brasserie* que hemos mencionado y con invocación del principio de equivalencia— que no debía exigirse el mencionado requisito.

La respuesta del Tribunal Supremo será el mantenimiento de dicha exigencia, y el triple fundamento en el que se basa será el siguiente: a) en primer lugar, porque el principio de equivalencia no puede operar sobre los requisitos sustanciales o materiales, ya que este principio del Derecho de la Unión se refiere o condiciona el ámbito de la autonomía procesal estatal; b) en segundo lugar, porque el principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión requiere que el requisito se aplique en todos los Estados miembros; y c) finalmente, porque la antijuridicidad del daño depende del margen de apreciación y, a tales

efectos, la Constitución de cada Estado y el Derecho de la Unión no son iguales en caso de su conculcación⁵⁰.

Incidentalmente hemos de precisar que, sin perjuicio de lo que hemos de ver en el siguiente apartado (referido a la jurisprudencia más reciente), esta Sentencia no quedó aislada, sino que a la misma se han remitido al menos otras cinco posteriores⁵¹.

⁵⁰ Se trata de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012*, rec. núm. 588/2010 (Ponente: Menéndez). Para evitar erróneas interpretaciones, conviene reproducir fielmente lo ahí dicho (las cursivas están añadidas):

«La jurisprudencia comunitaria a la que se refiere el primero de dichos argumentos, incluida la que refleja aquella sentencia de 26 de enero de 2010, dictada en el asunto C-118/08 en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo [se trata, nuevamente, de la *S. Transportes Urbanos*], debe ser entendida en el sentido que resulta de las siguientes precisiones: A) Los presupuestos de procedibilidad aplicables a los recursos en los que el objeto y elementos esenciales son similares, no deben diferir por la circunstancia de que unos se basen en la violación del Derecho de la Unión y otros en la del Derecho interno. B) Puede éste, sin que a ello se oponga aquél, establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurran requisitos menos restrictivos que los que aquella jurisprudencia fija como necesarios para que opere ese instituto de la responsabilidad patrimonial. Y C) Pero si la obligación de indemnizar se basa en que los daños o perjuicios han sido causados por la vulneración del Derecho de la Unión, si son *requisitos sustantivos o materiales necesarios* y a la vez suficientes los que ella señala de modo reiterado, a saber: que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que su violación esté o sea suficientemente caracterizada; y, además, que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por éstos.

El rigor con que la actora interpreta esa jurisprudencia, deduciendo de ella que no es necesario para que surja el deber de indemnizar que la violación de la norma comunitaria sea una de tal grado o entidad que la haga merecedora del calificativo de suficientemente caracterizada, por no ser una exigencia similar la que cabe ver cuando hemos enjuiciado supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños o perjuicios causados por la aplicación de una norma con rango de ley luego declarada inconstitucional, no puede ser compartido. A diferencia de la precisión que hemos reflejado en la letra A) del párrafo anterior, que sólo constituye un límite a la autonomía procesal de que gozan los Estados miembros impuesto por el igual trato que en éstos debe recibir el Derecho de la Unión en comparación con el suyo propio. Y a diferencia de la reflejada en la letra B), admisible porque permite disfrutar de un régimen jurídico interno de responsabilidad patrimonial más favorable. A diferencia de ambas, repetimos, aquel rigor se opone, en sí mismo, al *principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión*, y olvida, además, que *la constatación del 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, claro es, en función de la naturaleza y características de ésta. De ahí, en buena lógica, que desde esa perspectiva del margen de apreciación en que debe descansar la imputación de la antijuridicidad del daño, *no sean necesariamente y en todo caso términos iguales, en los que el margen deba ser el mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión común a todos ellos*».

⁵¹ Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012*, rec. núm. 373/2011 (Ponente: Menéndez); la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012*, rec. núm. 508/2011 (Ponente: Menéndez), sobre la que puede verse el comentario monográfico de E. Co-

Entrando ya en el fondo de la argumentación del Tribunal Supremo, la acotación del principio de equivalencia a las normas procesales de cada Estado, coincide con lo aquí sustentado, por lo que a la misma no habría nada que objetar; recuérdese, de todas maneras, que el Tribunal de Luxemburgo establece, adicionalmente, como exigencia *ex iure europeo*, un efecto similar en cuanto a las condiciones materiales. Pero los otros dos argumentos sí que merecen algún comentario, porque no resultan tan convincentes.

Así, tampoco hay inconveniente en compartir con el Tribunal Supremo la necesidad de una aplicación uniforme en todos los Estados del principio de su responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento. Pero, como ya hemos visto, eso lo ha establecido el Tribunal de Justicia con el carácter de mínimo indisponible, si bien mejorable por los Estados, al reclamar expresamente la aplicación de una normativa de fondo más «generosa» a la hora de garantizar la indemnizabilidad de los daños causados, si así la hubiere en el ordenamiento estatal de materialización. En este sentido, aplicación uniforme no debe ser sinónimo de aplicación idéntica, sino existencia de una base igual para todos pero con posibilidades de «mejora», a tenor de la regulación interna de cada Estado. Que un Estado aplique condiciones más favorables para la indemnización de los daños ocasionados por su incumplimiento del Derecho de la Unión no va en contra del principio de responsabilidad exigido por éste a todos los Estados; en contra iría si aplicase criterios más restrictivos que los establecidos por el ordenamiento supraestatal.

Esto obligaría a analizar los requisitos materiales de situaciones equiparables en el ordenamiento español, pero ese paso lo impide dar el Tribunal Supremo con un obstáculo de entidad, en forma del margen de apreciación que el autor de la ilegalidad hubiera tenido en tal actuación no conforme a Derecho, pues ello condiciona la existencia de la antijuridicidad necesaria para que se produzca el presupuesto indemnizatorio. De tal manera que la inconstitucionalidad, por un lado, y la contravención del Derecho de la Unión, por otro, serían sustancialmente diferentes; con un margen de apreciación mayor —parece deducirse— a favor de la segunda y, en consecuencia, con una tolerancia también mayor para los casos de conculcación del Derecho europeo. Supuesto en el que resulta lógico, entonces, para el Tribunal Supremo exigir el requisito de la violación suficientemente caracterizada, a di-

BREROS MENDAZONA, «Obligación de indemnizar por la aplicación de una Ley contraria al Derecho de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014, págs. 137 y ss.; la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012*, rec. núm. 520/2011 (Ponente: Menéndez); la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2013*, rec. núm. 11/2012 (Ponente: Enríquez); y la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013*, rec. núm. 10/2012 (Ponente: Menéndez).

ferencia de los casos de ley inconstitucional. Sucede que, sin perjuicio de los problemas interpretativo-aplicativos que siempre acarrea actuar con márgenes amplios de apreciación o discrecionalidad (pero que resultan absolutamente inevitables, por otra parte), no parece muy correcto considerar que el legislador estatal siempre tiene mayor margen cuando actúa en desarrollo del ordenamiento europeo que cuando legisla en el marco de su propia Constitución: así será unas veces, pero otras no, según el ámbito de lo que regule o, mejor, según los condicionamientos que tenga lo que vaya a regular⁵². Pero es que, además, este planteamiento presupone que, también en el Derecho español, el margen de apreciación del legislador (con respecto a la Constitución, se entiende) condiciona la antijuridicidad a la hora de valorar si procede la indemnización solicitada en caso de inconstitucionalidad⁵³; cosa que, como veremos, está bien lejos de la realidad de lo que interpreta el propio Tribunal Supremo al respecto⁵⁴.

Retomaremos estas cuestiones enseguida, pero antes conviene ver otro importante y reciente posicionamiento del Tribunal Supremo que, en cuanto al resultado final, reitera también la exigencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada, pero que sigue otro sendero argumental.

2. *La segunda jurisprudencia (2014)*

La interpretación anterior pareció en un momento dado que no le convenía suficientemente a la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo y se planteó la conveniencia de suscitar una cuestión preju-

⁵² Recuérdese cómo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya se ha planteado la hipótesis de que los Estados no tengan margen de apreciación, en cuyo caso el puro incumplimiento puede constituir una violación suficientemente caracterizada.

⁵³ Cosa distinta se podría decir, quizás, de algunos casos de responsabilidad *administrativa*, en los que el Tribunal Supremo —en una jurisprudencia en absoluto inequívoca— ha admitido un «margen de tolerancia» en el sentido de que, a pesar de anularse una actuación administrativa por ilegal, ha considerado que no procedía la indemnización (fundamentalmente al ejercerse potestades discrecionales, aunque no siempre), por faltar el requisito de la antijuridicidad, es decir, por entender que al haber actuado la Administración de manera razonable y para proteger los intereses públicos con eficacia (a pesar, se insiste, de no haberlo hecho correctamente, desde el punto de vista jurídico) el particular venía obligado a soportar el daño. A esta cuestión le han dedicado una destacada atención (crítica) F. LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J. A. CARRILLO DONAIRE, en las crónicas de jurisprudencia periódicas que sobre «Responsabilidad administrativa» vienen confeccionando, primero, en *Justicia Administrativa* y, ahora, en *Revista Española de Derecho Administrativo*.

⁵⁴ Donde lo único que podemos encontrar es una mera hipótesis (hasta el momento inactuada) de supuesto excepcional en el que el perjudicado no tuviera derecho a la indemnización; pero que tampoco lo condiciona el Tribunal Supremo a margen de apreciación alguno (*vid. infra* lo que se recoge de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010*).

dicial al respecto ante el Tribunal de Luxemburgo (aunque ya se advierte que, al final, resultó un paso en falso y no llegó a materializarla).

En efecto, recién iniciado el otoño de 2014, nos encontramos con una interesante (y un tanto desconcertante, también hay que decirlo) sentencia de la Sala Tercera⁵⁵. El planteamiento del recurso resulta conocido: a una empresa se le aplica una ley tributaria, declarada después incompatible con el Derecho de la Unión Europea, y para las cantidades que no puede reclamar (por el tiempo transcurrido) en concepto de ingresos indebidos utiliza la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del ordenamiento europeo, argumentando en su favor la existencia de una violación suficientemente caracterizada.

No obstante la precisión última que se acaba de hacer, la Sala plantea *motu proprio* si no procedería la exclusión del mencionado requisito, en atención a que la responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional no exige semejante requisito a tenor de su propia jurisprudencia, y, a tal fin, decide oír a las partes sobre la pertinencia de elevar una cuestión prejudicial interpretativa⁵⁶. Ahora bien (y aquí viene lo que resulta un tanto sorprendente), evacuado tal trámite, la Sala se echará atrás de tal iniciativa —que hay que reconocer que no había sido tampoco acogida con entusiasmo por las partes⁵⁷—, al resultarle

⁵⁵ Se trata de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014*, rec. núm. 390/2012 (Ponente: Díez-Picazo). Un pronto y breve comentario a esta Sentencia en J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario: ¿punto final?», en *Diario La Ley*, núm. 8424, de 19 de noviembre de 2014.

Esta Sentencia ha sido confirmada por otras dos inmediatas en el tiempo: una, de la misma fecha, *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014*, rec. núm. 394/2012 (Ponente: Díez-Picazo); otra, unos días posterior, *Sentencia de 26 de septiembre de 2014*, rec. núm. 667/2012 (Ponente: Díez-Picazo).

⁵⁶ Con sus propias palabras (la cursiva está añadida): «Habiendo sido señalado para deliberación y fallo el presente recurso contencioso-administrativo, esta Sala consideró la posibilidad de que el principio de equivalencia y efectividad, tal como ha sido construido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal vez pudiera tener incidencia para la correcta resolución del litigio. En concreto, esta Sala se planteó si el citado principio de equivalencia y efectividad rige no sólo con respecto a los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial —algo que no ofrece ninguna duda—, sino si también rige con respecto a los requisitos sustantivos. El problema podía ser relevante porque, con arreglo a la sentencia del Pleno de esta Sala de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008), *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. Para ser aún más precisos, la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales sólo puede excluirse en aquellos supuestos en que existan especiales razones que permitan considerar que la infracción de la Constitución fue excusable; es decir, a diferencia de lo que ocurre con la violación del derecho de la Unión Europea, la gravedad de la infracción de la Constitución sólo excepcionalmente es relevante a efectos indemnizatorios*».

⁵⁷ Según se refiere en la Sentencia, ninguna de ellas se manifestó claramente a favor del planteamiento de la cuestión: el Ministerio Fiscal —que, obviamente, no era parte en el pro-

evidente la inexistencia de semejanza alguna entre uno y otro caso, razón por la que entenderá que no había lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial. En consecuencia, al no existir verdadera similitud entre ambos supuestos, para el Tribunal Supremo «es claro que el principio de equivalencia y efectividad —sobre cuyo alcance fueron oídas las partes y el Ministerio Fiscal, a efectos del posible planteamiento de cuestión prejudicial— no resulta de aplicación».

Adviértase que éste será el argumento principal no sólo para no plantear la cuestión prejudicial anunciada, sino, justamente, también *para rechazar la inaplicación del requisito de la violación suficientemente caracterizada*. A juicio del Tribunal Supremo, la diferencia existente entre (los efectos de) una ley declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional y (los efectos de) una ley declarada incompatible con el Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia no permite tal comparación con la finalidad de su sometimiento al principio de equivalencia⁵⁸. En consecuencia —aunque esto

ceso *a quo*— no se opuso al planteamiento; la demandante insistió en que la violación del Derecho de la Unión Europea era suficientemente caracterizada (añadiendo, eso sí, que no podría exigirse un requisito más gravoso que el aplicable en supuestos similares de Derecho interno); y el Abogado del Estado se basó en la inexistencia de similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la estimación de un recurso por incumplimiento.

Conviene prestar atención sobre lo argumentado por este último (y que se recoge expresamente en la Sentencia), porque a la postre resultará decisivo para la solución del conflicto: *«El principio de equivalencia no es de aplicación, por cuanto no existe doctrina ni de la Sala ni del Tribunal Constitucional respecto a la responsabilidad del Estado legislador por omisión. No hay parangón en España con los supuestos de anulación de una norma por infringir la Constitución, ya que se trata aquí de una infracción sobrevenida y por omisión, respecto de lo que no existen antecedentes jurisprudenciales de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión sobrevenida. El Tribunal Constitucional expresa el alcance de tales supuestos, así en su sentencia 120/2010, F6»* (la cursiva aparece en el original).

⁵⁸ Así lo argumenta esta Sentencia:

«En efecto, lo que en un primer momento fue tomado en consideración por esta Sala es si el principio de equivalencia y efectividad rige no sólo para los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial, sino también para los requisitos sustantivos. Pero es evidente que esta pregunta sólo tiene sentido en la medida en que concurra el presupuesto mismo del principio de equivalencia y efectividad, que es la similitud entre una situación regulada por el derecho interno y otra regulada por el derecho de la Unión Europea. Y es precisamente aquí donde esta Sala considera que asiste la razón al Abogado del Estado. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica —salvo en casos verdaderamente excepcionales— su invalidación con efectos *ex tunc*, sin otro límite que la fuerza de cosa juzgada tal como establece el art. 40 LOTC. Así, los actos administrativos dictados en virtud de una ley que luego es declarada inconstitucional quedan sobrevenidamente viciados. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que estima un recurso por incumplimiento tiene, en cambio, un carácter meramente declarativo; es decir, se limita a constatar que el Estado miembro ha infringido el derecho de la Unión Europea. Ciertamente, de conformidad con el art. 260 TFUE, de la sentencia que declara

no lo explicita así el Alto Tribunal—, para cada acción de indemnización se aplicará su sistema privativo: para el de las leyes inconstitucionales, el establecido por la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, y para las leyes contrarias al ordenamiento de la Unión, el establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En fin, también merece alguna referencia lo argumentado por el Abogado del Estado, que para el Tribunal Supremo deviene relevante. Para aquél, el *quid* de la diferencia entre uno y otro supuesto está en que la incompatibilidad con el Derecho de la Unión provendría de una «omisión» del legislador español, al no adaptar temporáneamente la ley en cuestión al ordenamiento europeo⁵⁹. Razonar así, sin embargo, nos lleva a una ampliación excesiva de la calificación como omisiva de la inadaptación de la legislación estatal al Derecho de la Unión. Pero también de la denominada «inconstitucionalidad por omisión», a la que también se refiere el Abogado del Estado. En efecto, con esa manera de razonar, en último término, toda incompatibilidad normativa sería reducible siempre a una inacción del legislador: bien por no desactivar mediante un acto legislativo la disposición antinómica con la Constitución o con el Derecho de la Unión (derogación pura y simple, por un *contrarius actus*, que haga desaparecer del mundo jurídico la regulación legal incompatible), bien por no dictar una nueva regulación material, acorde con la Constitución o el ordenamiento supraestatal a que haya de adaptarse la ley incompatible (modificación legislativa *stricto sensu*).

el incumplimiento dimanar determinados deberes para el Estado miembro, como es señaladamente poner fin al incumplimiento y, cuando éste consiste en una regulación legal contraria al derecho de la Unión Europea, proceder a su derogación o modificación. Pero es claro que la estimación del recurso por incumplimiento no determina, por sí sola, la invalidez *ex tunc* de la ley nacional afectada ni de los actos administrativos dictados en aplicación de la misma. No es impertinente, en este sentido, la comparación que el Abogado del Estado hace con los supuestos de inconstitucionalidad por omisión: el deber que surge, es el de adaptar diligentemente la legislación.

Cuanto acaba de decirse muestra claramente que 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, que el principio de equivalencia y efectividad no resulta de aplicación al presente caso. Ello significa que éste habrá de dilucidarse de conformidad con los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial que contempla la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

⁵⁹ Vid. lo recogido *supra*, en el segundo párrafo de la nota 57.

3. *Análisis de la posición del Tribunal Supremo*

Lo primero que llama la atención es que en las sentencias de 2014 no hay referencia alguna a las de 2012 y 2013 —temporalmente tan cercanas y, además, dictadas no sólo por la misma Sala, sino por la misma Sección—, como si el problema se plantease de nuevas. Este dato, por sí mismo, no permite extraer consecuencia alguna con seguridad, pero sí que resulta algo chocante.

En segundo lugar, apreciamos de inmediato un cambio de criterio en una cuestión de tipo principal: en el plano teórico de la interacción del ordenamiento supranacional con el estatal, para la primera jurisprudencia el principio de equivalencia no debía entrar en juego en cuanto al fondo, sino sólo para los requisitos formales o procesales; mientras que para la segunda jurisprudencia parece que sí, aunque luego no se diese el presupuesto para su aplicación operativa. A este respecto ya se ha razonado antes sobre lo más acertado que resulta el fundamento de la primera postura, si bien recordando de inmediato que es la propia jurisprudencia de Luxemburgo la que nos exige, *también en cuanto al fondo*, aplicar la normativa interna cuando sea más favorable; con lo que el resultado final será el mismo, pero no la apoyatura argumental, como ya se ha dejado dicho.

En tercer lugar, tenemos el motivo de la uniformidad en todos los Estados miembros de las condiciones aplicativas del principio de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión, basado en las reiteradas afirmaciones del Tribunal de Justicia en el sentido de que los tres requisitos son *necesarios y suficientes*. Argumento que es correcto en cuanto que no cabe que ningún Estado lo excepcione ni rebaje, pero que ya hemos visto que puede (y, en su caso, debe) ser mejorado a tenor de lo establecido en los ordenamientos estatales. Pues bien, este motivo desaparece en la jurisprudencia más reciente, lo que es coherente con la posibilidad de que entrase en juego el principio de equivalencia (que, por definición, acarrearía la aplicación del ordenamiento interno y, por tanto, la «huida» de la aplicación idéntica en todos los Estados).

Debemos detenernos, asimismo, en el margen de apreciación del legislador estatal —que, en definitiva, se constituye en margen de tolerancia—, que aparece mencionado en la primera jurisprudencia en relación con el requisito de la antijuridicidad del daño. Así, parece deducirse de aquélla que, a efectos indemnizatorios, una ley inconstitucional resultaría menos excusable que una ley contraria al Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, las posibilidades indemniza-

torias por los daños producidos podrían ser más amplias en aquel caso que en éste. O, dicho de otro modo, que para las leyes contrarias al ordenamiento de la Unión se pueden exigir requisitos más estrictos y, en consecuencia, haber un margen de tolerancia mayor (porque se presupone un margen de apreciación mayor). Este argumento no aparece en la segunda jurisprudencia, pero sí que tiene en común con ella la pretensión de establecer una neta diferencia entre un supuesto (el de la ley inconstitucional) y otro (el de la ley contraria al ordenamiento supranacional), aspecto que ya hemos visto que ha resultado decisivo, para la última jurisprudencia, a efectos de no plantear la posibilidad de una equiparación de requisitos.

En efecto, las sentencias que hemos ubicado en la segunda jurisprudencia hacen hincapié en los diferentes efectos que conlleva para la ley estatal y para sus actos de aplicación, por un lado, la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, que los vicia de invalidez, y, por otro lado, la declaración de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia en un recurso por incumplimiento, que no los vicia de invalidez por tal declaración y que requiere el concurso de las autoridades estatales para su efectiva eliminación del ordenamiento estatal. Aspecto, este último, con el que no se puede estar en desacuerdo —pues sobre esa base se ha construido el sistema relacional entre ambos ordenamientos, como está unánimemente aceptado—, pero que no parece muy convincente a efectos de diferenciar el sistema indemnizatorio en uno y otro caso, como se intentará razonar en el apartado siguiente.

Es más, incluso podría atisbarse una cierta inconsistencia en el Tribunal Supremo, al enfatizar las diferencias para no homogeneizar las soluciones, por cuanto que hace ya tiempo que viene interpretando —y acertadamente— que los reglamentos contrarios al Derecho de la Unión Europea son nulos de pleno derecho⁶⁰. Esto es, les ha aplicado —sin obligación directa alguna, desde el Derecho supranacional, como es sabido— las categorías internas sobre la invalidez de los reglamentos ilegales. No quiere decirse con esto que deba hacer lo mismo en el caso de las leyes (cosa que, además, al Tribunal Supremo le estaría vedado), pero sí debemos poner de manifiesto que la interrelación dinámica entre ordenamientos les lleva a los estatales a ir acomodándose a las exigencias del de la Unión Europea de muy diversas formas, ganando además en coherencia interna.

⁶⁰ Al menos desde su *Sentencia de 3 de noviembre de 1997*, rec. 532/1995 (Ponente: Rouanet), y hasta la más reciente *Sentencia de 8 de febrero de 2012*, rec. 25/2008 (Ponente: Trillo); entre ambas destaca el esfuerzo argumental desplegado en la *Sentencia de 10 de diciembre de 2002*, rec. 246/1997 (Ponente: Campos).

Pero es que, finalmente, justificar la diferencia entre la ley inconstitucional y la ley contraria al Derecho de la Unión con el argumento de que, en definitiva, todos los supuestos de ley declarada incompatible con el Derecho de la Unión se traducirían en una omisión legislativa —argumento al que se añade el de la inexistencia de casos de responsabilidad patrimonial del Estado por inconstitucionalidad por omisión (como no le parece impertinente hacer al Tribunal Supremo, siguiendo el argumento del Abogado del Estado)— no resulta muy correcto, por la razón ya vista (enfocada así la cuestión, toda antinomia normativa sería producto de una inactuación del legislador) y porque la instauración del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión (*S. Francovich*) se hizo, precisamente, a partir de un prototípica omisión del legislador estatal, como es la no incorporación a su ordenamiento de lo obligado por una Directiva. Es indudable que los efectos de una intervención descalificadora de una ley por parte del Tribunal Constitucional y por parte del Tribunal de Justicia, cada uno desde su propia competencia enjuiciadora, son diferentes; pero atendiendo a la finalidad reparadora de los daños que hubiera podido producir, esas diferencias se difuminan (*rectius*, se deben difuminar) si atendemos al régimen jurídico indemnizatorio, como veremos también en el apartado siguiente.

VI. SOBRE SI HAY SIMILITUD ENTRE EL SISTEMA INTERNO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Es éste un aspecto clave para el problema que nos hemos planteado, puesto que la eventual inaplicación —o desplazamiento, si se quiere— del requisito de la violación suficientemente caracterizada depende, con carácter previo, de que el sistema interno de referencia sea similar, es decir, se refiera (o busque dar soluciones) a problemas semejantes a los que plantea la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión. Sólo entonces podrá entrar en juego la previsión de la aplicación de las condiciones menos restrictivas, que hemos recogido antes.

A este respecto ya hemos visto con suficiente detenimiento que el Tribunal Supremo, con un argumento —el del margen de apreciación, en la primera jurisprudencia— o con otro —el de los diferentes efectos, en la segunda—, ha considerado que no se da la similitud que permitiría una comparación entre ambos sistemas indemnizatorios; con lo que

queda vedado *ab initio* el paso siguiente, cual es el de analizar si el interno es más beneficioso que el estándar mínimo europeo.

Hay que reconocer, de entrada, la dificultad que entraña cualquier lógica comparativa: tanto cuando se trata de aplicar el argumento análogo como cuando se invoca el principio de igualdad, es necesario un *tertium comparationis* para encontrar la solución adecuada en caso de laguna o para apreciar si se ha lesionado el derecho a la igualdad, respectivamente. Esas operaciones de comparación, relacionales o como prefiramos llamarlas son todo menos sencillas, dado que, al tratarse de situaciones distintas por definición, encontrar aquello que resulte relevante para establecer una similitud (o para desecharla) supone destacar o dar importancia a unos aspectos y no dar relevancia a otros, lo cual conlleva un indudable componente valorativo o de elección entre varias opciones.

Ciñéndonos al caso del que se ha ocupado el Tribunal Supremo, debemos dilucidar si entre: a) la reparación establecida en el Derecho español para los daños producidos por la aplicación de una ley inconstitucional —cuyos términos ha establecido el Tribunal Supremo, de la manera que veremos en el apartado siguiente—, y b) la reparación establecida en el ordenamiento de la Unión para los daños producidos por la aplicación de una ley contraria al mismo —cuyos términos ha establecido el Tribunal de Justicia, de la manera que ya hemos resumido anteriormente—, existe una similitud suficiente como para considerar que estamos ante dos sistemas comparables o equivalentes. Ya hemos reiterado numerosas veces que para el Tribunal Supremo la respuesta es negativa.

Que estamos hablando de dos sistemas distintos y, por lo tanto, que hay diferencias entre uno y otro resulta una obviedad. ¿Pero esas (intrínsecas) diferencias justifican que no podamos considerarlos como normas o sistemas equivalentes? Parece que no y que más bien existen poderosas razones para mantener que sí son similares y equiparables. Veámoslas.

De manera preliminar conviene advertir que, metodológicamente hablando, una visión «micro» (esto es, más cercana o de menor campo de observación) lleva a percibir mejor y agrandar las diferencias; mientras que una visión «macro» (esto es, más lejana) lleva a percibir mejor los aspectos más generales (o abstractos, si se quiere) que son comunes.

Pues bien, de entrada conviene subrayar que 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 «macro», que hemos denominado aquí) la que predomine, pues

se trata de materializar unos principios supranacionales en un sistema estatal concreto.

Esto debilita ya no poco el hilo argumental del Tribunal Supremo en su segunda jurisprudencia, que descansaba sobre las consecuencias establecidas por *nuestro sistema* en caso de ley inconstitucional, en cuanto a su *validez* y a la de los actos de aplicación (problema ajeno al Derecho de la Unión Europea, lógicamente). Mas eso no es lo que le interesa al Derecho de la Unión Europea, para el que lo fundamental es la *finalidad resarcitoria* o, mejor aún, su garantía.

Lo más razonable y coherente debe ser atender a los sujetos, al objeto, a la causa y, sobre todo, a la finalidad para dilucidar si existe similitud suficiente como para comparar los sistemas. A estos efectos veremos que el *sujeto* que actúa (u omite) es el mismo: el legislador estatal; el *objeto*, muy parecido: una actuación (u omisión) legislativa que produce un daño; la *causa*, muy similar: una actuación contraria a Derecho (contraria a la propia Constitución, que es norma jerárquicamente superior, o contraria al Derecho de la Unión Europea, que tiene primacía aplicativa sobre la legislación estatal, respectivamente); pero, sobre todo, la *finalidad* es idéntica: reparar el daño así producido. Las lógicas y evidentes diferencias entre ambos supuestos —qué tipo de sujeción existía con respecto a la norma conculcada; quién puede declararla contraria a Derecho; o qué efectos se derivan con respecto a la validez de tales actuaciones y de las que se ejecutaron a su amparo— no parecen más relevantes que las similitudes, *desde la perspectiva de la garantía de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*, que es el prisma desde el que debemos tratar la cuestión.

Incidentalmente podemos decir que, cuando se han señalado las diferencias entre ambos presupuestos, la reflexión manifestada en el seno del Tribunal de Justicia ha sido precisamente para intentar justificar que con mucha mayor lógica jurídica se debía admitir la indemnización por daños producidos por una ley contraria al Derecho de la Unión Europea que por una ley inconstitucional. En efecto, inmediatamente antes de dictarse la *S. Brasserie* —por lo tanto, cuando estaba en plena discusión la posible obligación estatal de indemnizar por ley contraria al ordenamiento supranacional, y que finalmente esta Sentencia estableció indubitadamente por primera vez, como ya se ha dicho—, el Abogado General Léger defendió la diferencia de responsabilidades del Estado legislador, pero para concluir que las dificultades para admitir la indemnización por leyes inconstitucionales no existían en el caso de leyes contrarias al Derecho de la Unión y que no se debía exigir el restrictivo requisito de la violación suficientemente caracterizada (como sí acabaría haciendo el Tribunal de Luxemburgo un año

más tarde, en contra de esta opinión) para el caso de una actuación legislativa contraria al Derecho de la Unión⁶¹.

En fin, en el enfoque que aquí se mantiene tenemos al propio Tribunal de Justicia, que, en su ya vista *Sentencia Transportes Urbanos* —y para aplicar el principio de equivalencia, precisamente—, consideró sin titubeo alguno que tenían suficientes similitudes de fondo como para considerar contrario a dicho principio unas exigencias procedimentales distintas y más estrictas para el caso de los daños producidos por una ley contraria al Derecho de la Unión que para el caso de los daños producidos por una ley contraria a la Constitución española⁶². En efecto, el razonamiento de la Gran Sala fue que teniendo las dos reclamaciones «exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado», la única diferencia existente consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica, y esta diferencia «no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia».

Este argumento resulta decisivo, pues esta *Sentencia* se refiere al mismo supuesto (daño producido por ley estatal contraria al Derecho de la Unión Europea) y al mismo ordenamiento de aplicación (el español) que los que ahora nos ocupan.

Ahora bien, la similitud no sólo se refiere al caso del Estado legislador, sino que se puede (y debe) extender a todos los supuestos indemnizatorios, como son el de la responsabilidad administrativa y el de la responsabilidad judicial, porque la finalidad es la misma en uno y otro. Recuérdese que la *S. Francovich* —que no se podía referir al requisito de la violación suficientemente caracterizada, porque ella no lo exigía, sino que fue introducido por la *S. Brasserie* cuatro años más tarde, como hemos dicho—, cuando establece el estándar con carácter de mínimo, lo hace en relación con «las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños». Y ése es, exactamente, el ámbito en el que se ha planteado la cuestión.

Si concluimos, entonces, que los sistemas indemnizatorios en uno y otro caso son equiparables, el siguiente paso será comparar su operatividad para ver si, efectivamente, el sistema español es (o no) más be-

⁶¹ *Vid.* las Conclusiones, presentadas el 20 de junio de 1995, en el *as. Hedley Lomas*, C-5/94, aptdos. 95 a 111.

⁶² Y eso que, como ya se ha visto, la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo se basaba también en unas evidentes diferencias de régimen entre: a) la ley tachada de inconstitucional, que no está a disposición del juez ordinario y ante la que el particular sólo puede solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, y b) la ley contraria al Derecho de la Unión Europea, que sí puede ser inaplicada por el juez ordinario y por cuyos actos de aplicación se puede solicitar la indemnización sin que previamente haya sido formalmente declarada incompatible con el citado ordenamiento.

neficioso en cuanto al tipo de incumplimiento del Derecho, para obrar en consecuencia, con respecto al requisito de la violación suficientemente caracterizada. A ello dedicaremos el apartado siguiente.

VII. SOBRE SI NUESTRO SISTEMA INDEMNIZATORIO ES MÁS BENEFICIOSO O NO QUE EL ESTABLECIDO POR EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

Si consideramos que la legislación española de responsabilidad patrimonial del Estado debe servir no sólo de *cauce procedimental* apto para canalizar las solicitudes de indemnización basadas en el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, sino también como regulación de las *condiciones materiales* o sustantivas para su obtención *si es que fuera más beneficiosa*, el paso siguiente será comparar los requisitos de fondo que en ella se requieren para —por lo que aquí interesa— no exigir el requisito de que la ilegalidad sea manifiesta y grave (esto es, resulte suficientemente caracterizada) en el caso de reclamaciones indemnizatorias sustentadas en el incumplimiento del Derecho de la Unión, siempre que tal tipo de requisito no se exigiera en la legislación española (y no hubiera en la misma ningún otro que neutralizase este efecto de mejora).

Ahora bien, este análisis no se puede hacer en bloque o con respecto a todo el sistema indemnizatorio español, sino que requiere tres distinciones básicas, pues no es el mismo —conviene subrayarlo desde ahora, ya que las consecuencias serán diferentes— el sistema indemnizatorio para los daños producidos por el legislador, por las administraciones o por los jueces. Así lo haremos a continuación.

1. *Para la responsabilidad del legislador*

Con carácter preliminar, conviene dejar claro que en este apartado no abordaremos todas las hipótesis relativas a la actividad del legislador, sino exclusivamente la referida a la responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de *leyes inconstitucionales*, que, como hemos visto, es el parámetro de comparación que aquí interesa. Además, es el supuesto de la responsabilidad por la aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea el que con mayor intensidad se ha planteado la cuestión de la exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada.

Hemos dejado apuntado antes que nuestro sistema tiene (desde 1992) una apoyatura legal expresa en el artículo 139.3 LRJPAC —«Las

administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos»—, pero tal previsión normativa ha quedado superada por lo interpretado por el Tribunal Supremo, razón por la que debamos atender, más que a este precepto, a lo que ha resultado realmente operativo tras su interpretación por este Tribunal. En efecto, en este precepto no se menciona el supuesto que aquí más interesa (el de las leyes inconstitucionales) y, ante ello, el Tribunal Supremo ha elaborado su propia construcción para otorgar la indemnización.

Dejamos a un lado la importante discusión doctrinal que ha tenido lugar entre nosotros con respecto a la admisibilidad (y en qué términos) de una responsabilidad patrimonial por actuaciones legislativas, así como la mayor o menor coherencia y acierto de la construcción llevada a cabo por el Tribunal Supremo, pues a los limitados efectos de este trabajo lo que interesa es recoger con la mayor fidelidad y exactitud posibles lo que realmente interpreta y aplica el Alto Tribunal cuando se enfrenta con una solicitud de indemnización basada en una ley inconstitucional (sólo este caso, se insiste) y para que nos sirva de término de comparación con lo exigido por la jurisprudencia luxemburguesa con respecto a los daños producidos por una ley contraria al Derecho de la Unión Europea. Concretando más la cuestión, tenemos que analizar y valorar si las condiciones son menos restrictivas que las derivadas de la exigencia de la violación suficientemente caracterizada, porque en tal caso —por exigencias del propio Derecho de la Unión Europea, como tanto hemos repetido— deberíamos orillar el sistema «general» establecido por el ordenamiento europeo para aplicar el «particular» estatal más beneficioso.

Son muchos los aspectos de interés (y de posible discusión) sobre los que se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, pero se reitera que ahora sólo nos interesan los requisitos que exige para que surja el derecho a ser indemnizado por los daños producidos por una ley que ha sido declarada inconstitucional. Así fijado el enfoque, vamos a analizar la jurisprudencia más relevante de la Sala Tercera; pero, para mayor precisión aún, limitada a aquellos pronunciamientos que otorgan la pretensión indemnizatoria⁶³.

⁶³ La bibliografía sobre la responsabilidad del Estado legislador entre nosotros es abundantísima. A los limitados efectos de este trabajo, da debida cuenta de la posición del Tribunal Supremo al respecto el trabajo de M. A. RUIZ LÓPEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el Derecho español», en *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2013.

El primer pronunciamiento que nos interesa es el constituido por la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000*⁶⁴, que estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de una ley que estableció un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, y que fue declarado inconstitucional y nulo, por contrario al artículo 9.3 CE, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre. En aquélla, tras afirmar que «por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido a priori en su texto», el Tribunal Supremo efectúa varias e interesantes consideraciones sobre los efectos de la cosa juzgada y, en resumen, viene a interpretar que, al no haberse podido devolver las cantidades indebidamente ingresadas (por estar basadas en un precepto inconstitucional), procede su compensación vía responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración del Estado, dado lo indiscutible de la antijuridicidad (inconstitucionalidad) origen de su lesión patrimonial. Repárese en que el Tribunal Supremo no exige otro requisito que no sea la actualidad (no haber sido ya reparado) del daño producido por la aplicación de la norma inconstitucional; pero a la antijuridicidad no le añade ningún otro requisito agravatorio o adicional, con lo cual ésta consiste en la pura inconstitucionalidad.

El segundo bloque de pronunciamientos estimatorios es el iniciado con la *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003*⁶⁵, que estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de una modificación legislativa que adelantó la edad del pase a la situación de segunda actividad para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, y que fue declarada inconstitucional y nula, por haberse incluido tal regulación en una Ley de Presupuestos Generales del Estado, considerándose incompatible con el contenido constitucionalmente habilitado para este tipo tan especial de leyes, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1999, de 16 de diciembre. Tras reiterar la doctrina inaugurada con la Sentencia comentada en el párrafo anterior, y comoquiera que en este caso el interesado no había recurrido el acto de aplicación de la ley (sino que se había aquietado, consintiéndolo) y fue tras la declaración de inconstitucionalidad cuando solicitó *ex novo* la reparación, el Tribunal Supremo dirá, refiriéndose a la Sentencia constitucional, que ésta «no puso límite alguno a su de-

⁶⁴ Rec. núm. 49/1998 (Ponente: Xiol). Debe precisarse que a esta Sentencia siguieron otras también estimatorias basadas en el mismo fundamento.

⁶⁵ Rec. núm. 115/2002 (Ponente: Martínez-Vares).

claración en cuanto a la afectación de las situaciones que hubieran nacido bajo su vigencia, de modo que al no existir sentencia dictada en proceso ya fenecido ni invocar el Tribunal razones de seguridad jurídica para conservar esas situaciones, no existe obstáculo para que esta Sala pueda estimar la demanda planteada». Como vemos, pues, en esta ocasión al Tribunal Supremo le vale con la declaración de inconstitucionalidad —y, además, de tipo *formal*, como es que la regulación se hubiera contenido en una clase de ley que no era la que procedía, según el artículo 134 CE— para decretar la indemnización.

Destacada importancia tiene la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010*⁶⁶, que estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de un decreto-ley que modificó las obligaciones empresariales indemnizatorias en caso de despido declarado improcedente, y que fue declarado inconstitucional y nulo, por no reunirse el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, establecido en el artículo 86.1 CE, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo. La Sala Tercera en Pleno señala terminantemente que «aquella condición o presupuesto que exige el tenor literal de aquel inciso final del art. 139.3 [“cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”] no es aplicable ni entra en juego cuando la hipotética lesión tiene su origen en la aplicación de leyes o normas con fuerza de ley declaradas inconstitucionales»⁶⁷ y, tras notables esfuerzos argumentativos, concluye —en lo que aquí interesa— por ratificarse en su distinción

⁶⁶ Rec. núm. 588/2008 (Ponente: Menéndez), dictada por el Pleno y a la que le acompañan seis votos particulares suscritos por once magistrados.

⁶⁷ Desbordamiento o superación del artículo 139.3 CE que justifica de la siguiente manera:

«Es así, porque la interpretación de las normas jurídicas no permite que al indagar sobre su sentido alcance el intérprete una conclusión absurda o ilógica. Y lo sería, en la que ahora nos ocupa, una que no restringiera la aplicación de aquel inciso a los actos legislativos constitucionales y la extendiera también a los inconstitucionales, pues esta interpretación supondría tanto como supeditar la reparación del hipotético perjuicio derivado de la inconstitucionalidad de la ley aplicada, a una previsión que en sí misma es absurda e incluso imposible: la del propio legislador de prever que la ley que aprueba puede ser contraria a la Constitución y de que por ello, por si lo fuera, ha de plantearse si incluye o no en ella una decisión como la reflejada en aquel inciso final.

Esta conclusión, de inaplicación de ese inciso para los supuestos de acciones de responsabilidad patrimonial sustentadas en el perjuicio irrogado por la aplicación de una ley inconstitucional, es la que está presente, incluso de un modo explícito, en aquella jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que refiriéndose al mandato de reparar un perjuicio como ese, repite con reiteración, en lo que ahora nos ocupa, que ese mandato —o lo que es igual, la inclusión en el acto legislativo de una previsión como aquella que expresa aquel inciso— “no podía ser establecido a priori en su texto” (en el de la ley inconstitucional)».

entre cosa juzgada (de un proceso anterior) y acción de responsabilidad (de un nuevo proceso), tras una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad. Para el Tribunal Supremo, la antijuridicidad suficiente a efectos indemnizatorios lo es la declaración de inconstitucionalidad de la ley; no obstante lo cual —y aquí sí que se aprecia un *novum* en la interpretación—, parece dejar algún resquicio abierto para alguna hipótesis excepcional (que no era la del supuesto enjuiciado, ciertamente): «En los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, *sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño*» (cursiva está añadida).

En último lugar debemos citar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013*⁶⁸, que también estima una reclamación patrimonial como consecuencia de la aplicación de una ley que modificó, retroactivamente, el ingreso de cuotas a la Seguridad Social y que fue declarada inconstitucional y nula, por contraria al artículo 9.3 CE, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2009, de 20 de abril. Esta Sentencia es estructuralmente muy parecida a la primera (de 2000) que hemos mencionado y, en consecuencia, los argumentos los mismos; si bien aquí se añade también, a título meramente hipotético, la posibilidad recién mencionada de que hubiera el deber de soportar los daños producidos por la aplicación de una ley inconstitucional, en circunstancias singulares.

De este rápido repaso por la interpretación del Tribunal Supremo podemos deducir dos cosas, a nuestros efectos. En primer lugar, que en todos los supuestos en los que efectivamente ha reconocido la responsabilidad por la aplicación de una ley declarada posteriormente inconstitucional le ha bastado con tal dato, sin ulteriores cualificaciones sobre la pura inconstitucionalidad. Es más, ya hemos visto que en dos ocasiones la inconstitucionalidad no consistía en que la regulación material fuese contraria a la Constitución, sino en que se había introducido en el ordenamiento por una fuente normativa incorrecta según la *Norma normarum*. El propio Tribunal Supremo es perfectamente consciente de esta situación, pues —como hemos visto, pero

⁶⁸ Rec. núm. 269/2011 (Ponente: Teso).

conviene reiterar ahora— ha reconocido muy recientemente y de manera paladina que «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»⁶⁹.

En segundo lugar, que más recientemente ha abierto la posibilidad de que, en circunstancias muy especiales (que aún no ha apreciado que se hayan producido ni ha precisado más), los efectos de la inconstitucionalidad podrían tener que ser soportados por el perjudicado, con lo que «a diferencia de lo que ocurre con la violación del derecho de la Unión Europea, la gravedad de la infracción de la Constitución sólo excepcionalmente es relevante a efectos indemnizatorios»⁷⁰. Este matiz sí que constituye un *novum* en la construcción jurisprudencial.

A la vista de todo esto, parece claro que, en la actualidad, en nuestro sistema jurisprudencial de responsabilidad por leyes inconstitucionales no se requiere cualificación alguna similar a la de la violación suficientemente caracterizada. De ahí que la exigencia de una violación suficientemente caracterizada en las reclamaciones indemnizatorias sustentadas en el Derecho de la Unión Europea va en contra de la regla establecida por el Tribunal de Justicia relativa a la aplicación de las normas nacionales más favorables.

2. Para la responsabilidad de la Administración

Con fundamento constitucional en el artículo 106.2 CE, hundiendo sus raíces en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y estando actualmente regulada en los artículos 139 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁷¹ está ya muy asentado sobre su caracterización —en lo que aquí interesa— como *objetiva*, esto es, sin necesidad de demostrar culpa alguna en el actuar administrativo (aunque sea éste el supuesto que, en la práctica, mayoritariamente la justifique), y basada en la *antijuridicidad* del daño producido, entendiendo ésta como la ausencia de deber jurídico de soportarlo (sin ulteriores cualificaciones); cumplidos estos (y los restan-

⁶⁹ «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» (STS de 22 de septiembre de 2014, cit.).

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Vid.*, por todas, la clásica exposición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo II*, 13.^a ed., Ed. Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2013, págs. 369 y ss.

tes) requisitos, surge el derecho a ser íntegramente reparado por la lesión causada por la actuación (u omisión) administrativa⁷².

Sin perjuicio de que se vengán produciendo, desde hace ya algún tiempo, algunas reflexiones para evitar una hipertrofia del sistema (precisamente por su excesiva «generosidad») y de que determinadas sentencias pudieran llegar a ser interpretadas como que admiten un cierto «margen de tolerancia» (con determinadas ilegalidades) —como ya se ha dejado apuntado—, lo cierto es que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas no incorpora un requisito semejante al de la violación manifiesta y grave del Derecho⁷³.

Así, pues, en este caso, su exigencia —si es que se produjese— también iría en contra de lo establecido por el Tribunal de Justicia.

3. *Para la responsabilidad judicial*

Este supuesto requiere ser abordado, aquí, con cierto detenimiento. Así, resulta claro que una reclamación de este tipo tiene que conducirse al tratamiento que recibe el *error judicial* como título de imputación de la responsabilidad del Estado, previsto en el artículo 121 CE y desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en sus artículos 292 a 297⁷⁴, como así ha hecho la incipiente jurisprudencia existente⁷⁵.

⁷² A este respecto, *vid.* el clarificador trabajo de J. LEGUINA VILLA, «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, 2007, págs. 669 y ss.

⁷³ Razón por la que no parece justificada la interpretación del Consejo de Estado contenida en los dictámenes citados *supra*, en la nota 49.

⁷⁴ Lo que viene corroborado por el artículo 139.4 LRJPAC, donde se establece que la «responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia [que es el rótulo del Título V del Libro III de la LOPJ] se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial». Así se dejó planteado hace ya tiempo (entonces como mera hipótesis) por E. COBREROS MENDAZONA, en *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 134 y ss.; y en el mismo sentido fue asumido por E. GUICHOT REINA, en *La responsabilidad extracontractual...*, cit., págs. 587-588.

⁷⁵ Curiosamente, de la Audiencia Nacional, aunque el competente para la declaración de error judicial sea únicamente el Tribunal Supremo. Tenemos, en este sentido, la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009*, rec. núm. 553/2007 (Ponente: Córdoba), que desestima —aunque, propiamente, quizás debía haber inadmitido, por falta de competencia del órgano jurisdiccional ante el que se planteó— un recurso contencioso-administrativo y que inaugura una serie de cuatro sentencias más, idénticas todas ellas [la *SAN de 23 de abril de 2009*, rec. núm. 362/2007 (Ponente: De Mateo); la *SAN de 30 de abril de 2009*, rec. núm. 542/2007 (Ponente: De Mateo); la *SAN de 4 de junio de 2009*, rec. núm. 798/2007 (Ponente: Córdoba); y la *SAN de 23 de junio de 2009*, rec. núm. 546/2007 (Ponente: Córdoba)]. También desestiman, por defectuosamente planteada la demanda —inexistencia de declaración previa de error judicial—, la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2012*, rec. núm. 622/2011 (Ponente: Menéndez Rexach); y la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de mayo de 2013*, rec. núm. 505/2012 (Ponente: Menéndez Rexach).

De esta regulación *interna* hay que señalar que, normativamente, no se aporta connotación alguna a la expresión «error judicial». En efecto, ni en el artículo 121 CE ni, lo que es más destacable, en su desarrollo legal se indica nada sobre qué deba entenderse por error judicial a efectos indemnizatorios con cargo del Estado; con lo que ha sido y sigue siendo la labor del Tribunal Supremo⁷⁶ la que concrete el contenido y alcance de tal concepto.

En este sentido —probablemente porque si no hay connotación alguna tampoco hay limitación legal de ningún tipo—, el Tribunal Supremo admite de una manera *muy amplia en teoría* la hipótesis de su existencia⁷⁷, de tal manera que asume expresamente «un criterio muy amplio en cuanto a la determinación del objeto sobre el que puede recaer el error del juzgador»⁷⁸. Pero, frente a esa amplitud hipotética, es *muy restrictiva su apreciación efectiva*, ya que sólo se produce el error judicial indemnizable⁷⁹ en supuestos muy extremos⁸⁰. Así, desde un principio —en fórmula que se repetirá hasta la fecha con muy ligeras variaciones—, nuestro Tribunal Supremo viene exigiendo que «el yerro [judicial] debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados»⁸¹; e incluso en muchas ocasiones viene utilizando expresiones aún más radicales, como cuando se refiere a resoluciones «esperpénticas, absurdas, que rompen la armonía del orden ju-

⁷⁶ Que es quien tiene atribuida directamente (y en única instancia, por tanto) la competencia para declarar la existencia de un error judicial indemnizable; competencia, a su vez, repartida por razón de la materia entre todas sus salas, como establece expresamente el artículo 293.1.b) LOPJ.

⁷⁷ Así, desde su primera jurisprudencia al respecto ha dejado claro que la pretensión de declaración de error judicial puede fundarse tanto en la apreciación de los hechos como en la interpretación del Derecho [*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 8 de octubre de 1987* (Ponente: Soto)], en el procedimiento como en la decisión [lo que tradicionalmente se denomina como errores *in procedendo* o de forma y errores *in iudicando* o de fondo, en palabras del propio Tribunal Supremo, en su *Sentencia de la Sala Segunda de 16 de mayo de 1989* (Ponente: Ruiz Vadillo)], en la fase declarativa como en la ejecutiva [*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 de mayo de 1989* (Ponente: González Poveda)], con culpa o sin culpa [*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 31 de octubre de 1991*, rec. núm. 998/1989 (Ponente: Malpica)], etc.

⁷⁸ *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 12 de septiembre de 1991*, rec. núm. 1250/1989 (Ponente: Delgado García).

⁷⁹ O «error cualificado» [*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 1998*, rec. núm. 47/1997 (Ponente: Martín Valverde)] o «error en sentido técnico» [*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 1998*, rec. núm. 390/1997 (Ponente: Martínez Menéndez)].

⁸⁰ Pues «la concepción del “error judicial” es sumamente restrictiva», se dirá, por ejemplo, en la *Sentencia de la Sala Tercera de 3 de diciembre de 1998*, rec. núm. 557/1996 (Ponente: Rouanet), con plena conciencia de su estricta posición interpretativa.

⁸¹ Así lo expuso en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 5 de octubre de 1987* (Ponente: Vivas) y así lo mantiene, por ejemplo, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11 de marzo de 2009*, rec. núm. 7/2008 (Ponente: Garzón Herrero).

rídico»⁸². No es de extrañar, entonces, que hayan sido pocos, relativamente, los casos en los que ha apreciado su existencia⁸³ —y, por lo que aquí interesa⁸⁴, ninguno relativo al propio Tribunal Supremo⁸⁵—, lo que ha llevado a algún autor a manifestar expresamente su desacuerdo⁸⁶.

Éste es, entonces, el marco o cauce jurisdiccional en el que habrá de insertarse una petición de responsabilidad por los daños producidos por una resolución judicial incumplidora del Derecho de la Unión Europea. ¿Presenta el Derecho español algún obstáculo para una correcta recepción o acogida de la construcción del Tribunal de Justicia sobre el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el concreto incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (a partir de su *S. Köbler*)?

Con lo que se acaba de ver, inmediatamente surge la duda de su compatibilidad con el *principio de efectividad*⁸⁷, en el sentido de que la restrictiva interpretación aplicativa del Tribunal Supremo existente hasta la fecha para este tipo de acciones indemnizatorias podría considerarse, en sede europea, que hace en la práctica «excesivamente difícil» la obtención del derecho al resarcimiento; esto es, que el cauce que ofrece el ordenamiento español podría no garantizar debidamente el derecho a ser indemnizado, tal y como se configura por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Pero esto requiere alguna reflexión ulterior.

A) Por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción indemnizatoria basada en el perjuicio causado por una resolución judicial definitiva que infrinja manifiestamente el Derecho de la Unión Europea, habremos de estar a lo dispuesto por el artículo 293.1.a) LOPJ, esto es, al inexcusable de tres meses. Este plazo no presenta problemas en

⁸² Así lo dijo en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de junio de 1988* (Ponente: Carretero) y de la misma manera vuelve a expresarse, por ejemplo, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 2 de septiembre de 2014*, rec. núm. 18/2013 (Ponente: Fernández Valverde).

⁸³ Tomando el dato cuantitativo en lo que pueda valer, hasta la fecha son algo más de sesenta los supuestos estimatorios de declaración de error judicial (de las casi ochocientas sentencias dictadas con este objeto).

⁸⁴ Pues la *S. Köbler*, cit., ha establecido el principio de la responsabilidad estatal por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea para el caso de una resolución de un *órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia*. Aunque esta referencia a «la última instancia» (del art. 267 TFUE) ya ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo —definitivamente, a partir de su *Sentencia Lyckeskog* (de 4 de junio de 2002, C-99/00), ratificada en la *Sentencia Intermodal* (de 15 de septiembre de 2005, C-495/03)— no en sentido orgánico (el criterio de los existentes en el diseño judicial de los órganos), sino atendiendo al caso o asunto concreto.

⁸⁵ Para cuya declaración se habilita a la *Sala del 61* [ex art. 293.1.b) y art. 61.1.5.º LOPJ].

⁸⁶ Vid. L. TOLIVAR ALAS, «La adjetivación reductora del error judicial: ¿un fraude de Constitución?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, 2009, págs. 203 y ss.

⁸⁷ Esto había sido ya apuntado por E. GUICHOT REINA, *La responsabilidad extracontractual...*, cit., págs. 587 y 588.

cuanto al principio de equivalencia y se podría mantener que tampoco en cuanto al de efectividad⁸⁸, con el argumento de que, en la realidad, ya se han producido por parte del Tribunal Supremo sentencias declarativas de error judicial, conforme al ordenamiento interno, lo que demostraría que no es un plazo que imposibilite la acción⁸⁹.

B) Por lo que se refiere al fondo —esto es, la interpretación y aplicación efectiva de lo que se considera error judicial—, resulta bastante evidente que los supuestos en los que nuestro Tribunal Supremo estaría dispuesto a apreciar (según su consolidada doctrina del yerro palmario) un error judicial indemnizable en la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión son mucho más limitados o restringidos que los supuestos susceptibles de reparación patrimonial teorizados en *Köbler* (y basados en el carácter manifiesto del incumplimiento judicial, como ya sabemos). No parece, en efecto, que el restringido concepto de yerro «palmario» que utiliza el Tribunal Supremo⁹⁰ sea equiparable la infracción «manifiesta» de la que habla el Tribunal de Justicia⁹¹.

⁸⁸ Es claro que la exigencia europea de que no resulte «excesivamente difícil» es muy indeterminada y abierta, con lo que caben diferentes sensibilidades a la hora de su interpretación (es decir, cuanto más favorable hacia la protección de los particulares sea el enfoque, más insuficiente se considerará el mencionado plazo). Pero no parece que el plazo establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial pueda considerarse no respetuoso con el principio de efectividad, ya que se trata ni más ni menos que de calificar una *sentencia ya firme* de incorrecta o, en terminología que ya conocemos, de constitutiva de un incumplimiento manifiesto del Derecho de la Unión.

⁸⁹ A este respecto, los escasos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo que se han producido en relación con las preclusiones temporales establecidas por los ordenamientos estatales tampoco aportan elementos definitivos, puesto que siempre han estado (lógicamente) muy apegados al caso concreto de que se trataba y ninguno hacía referencia a un supuesto similar al que aquí estamos contemplando (esto es, a una reclamación por incumplimiento judicial).

⁹⁰ Que, como es sabido, viene de muy lejos. Así, para comprobarlo podemos recoger aquí una Sentencia relativamente reciente —que es, además, de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ— en la que hace suya la abundante jurisprudencia existente sobre el error judicial y la resume de la siguiente manera: «Sólo un error *indisculpable y exento de toda lógica* puede dar lugar al error cualificado previsto en el art. 292 LOPJ; y éste sólo existe cuando se produce un *desajuste objetivo e indudable entre la realidad fáctica* o jurídica y la resolución judicial que lleva a ésta a *conclusiones ilógicas, irracionales o que contradicen lo evidente*, bien sea por partir en sus consideraciones jurídicas de *unos hechos radicalmente distintos* de los que constituyen el soporte de la propia resolución, bien por haber aplicado un *precepto legal absolutamente inadecuado*, o haber interpretado el aplicable en forma que *no responda, de modo evidente, a ningún criterio válido y admisible en Derecho*» [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Especial, de 1 de febrero de 2010, rec. núm. 3/2009 (Ponente: Jorge Barreiro); las cursivas están añadidas]. Lo que se reitera, aún más recientemente, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2014*, rec. núm. 3/2013 (Ponente: Calvo).

⁹¹ Ha manifestado sus reservas, en este mismo sentido, J. Díez-Hochtler, «La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España», en *Academia Matritense del Notariado*, *Anales*, núm. L, 2009/2010, pág. 62, en nota, donde señala que «el rigorismo con el que el TS aplica esta doctrina [la del error judicial] permite preguntarse hasta qué punto no se aleja de los criterios sentados por el TJ».

En sentido contrario, esto es, considerando que no existe discrepancia sustancial, se ha pronunciado D. Córdoba Castroverde, «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exi-

Así, por ejemplo, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tenemos hasta ahora, lo que el Tribunal de Justicia entiende por un desconocimiento manifiesto de su jurisprudencia⁹² no parece que vaya a encajar en los supuestos de error judicial que viene apreciando y declarando el Tribunal Supremo, por mucho que el adjetivo «manifiesto» se utilice por ambos Tribunales, ya que, en la aplicación que hace este último, parece evidente que le otorga un contenido mucho más restrictivo que lo que el Tribunal de Luxemburgo considera que constituye una violación suficientemente caracterizada. El término (significante) es el mismo, pero su contenido (significado) difiere en uno y otro ámbito.

Ahora bien, por lo que respecta a la interpretación operativa del Tribunal Supremo, hay que recordar que nada impide una evolución hacia fórmulas menos rígidas o restrictivas, y con mayor razón aún si con ello se viene a responder o a adaptar a una exigencia del ordenamiento de la Unión Europea. En cualquier caso, lo que el Tribunal Supremo deberá hacer cuando se enfrente a una solicitud de declaración de error judicial basada en el principio europeo de la responsabilidad del Estado por incumplimiento (judicial) del Derecho de la Unión Europea es, como punto de partida, no verse condicionado por (o incluso «olvidarse» de, si se prefiere expresarlo más radicalmente) su doctrina sobre el error judicial y aplicar estrictamente el criterio de la violación suficientemente caracterizada, tal y como lo entiende el Tribunal de Luxemburgo. Y, si tuviese dudas, siempre le cabe formular la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que éste le aclare si a un supuesto como el que tiene que resolver resulta aplicable la doctrina *Köbler*. Pero —se insiste— si la interpretación del error judicial que constituye el acervo del Tribunal Supremo resultase incompatible con lo interpretado por el Tribunal de Justicia sobre lo que constituye infracción manifiesta del ordenamiento comunitario, resultará una exigencia del principio (europeo) de primacía la inaplica-

gidos por la sentencia *Köbler*?», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, 2011, pág. 25; no obstante, en el trabajo posterior que se cita en la nota siguiente, este autor ya parece albergar alguna duda para el caso concreto que a continuación se menciona.

⁹² Que constituye un incontestable supuesto de infracción manifiesta del Derecho de la Unión, según lo dicho en la *S. Köbler*, cit., aptdo. 56.

En este mismo sentido, D. CÓRDOBA CASTROVERDE, «La cuestión prejudicial y la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario», en la obra colectiva, dirigida por R. ALONSO y J. I. UGARTEMENDIA, *La cuestión prejudicial europea*, en la Colección «European Inklings (EUi)», IV, IVAP, Oñati, 2014, pág. 153. Aunque este autor añade que podría aprovecharse un caso en el que el Tribunal Supremo apreció la existencia de un error judicial *stricto sensu* porque el Juzgado de lo Contencioso no había aplicado la doctrina del Tribunal Supremo fijada en una sentencia que resolvía un recurso en interés de ley, refiriéndose a la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de enero de 2005*, rec. núm. 8/2003 (Ponente: Fernández Montalvo).

ción de la jurisprudencia (estatal) sobre el error judicial y la correlativa asunción de la jurisprudencia luxemburguesa.

Procede indicar que ya existe un precedente de apreciación de incumplimiento estatal (*ex art. 258 TFUE*), formalmente declarado como tal por el Tribunal de Justicia, al ser el ordenamiento de aplicación interno más riguroso, por exigir «culpa grave», que la construcción europea, basada *únicamente* en la «violación manifiesta»⁹³.

Siendo optimistas, hasta podría suceder que el Derecho de la Unión Europea tenga el benéfico efecto de hacer evolucionar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error judicial, para evitar que se produzca una especie de discriminación inversa, esto es, que las acciones ejercitadas exclusivamente con fundamento en el ordenamiento español resulten peor tratadas (es decir, más restrictivamente interpretadas contra los particulares) que las que traen causa en los derechos garantizados por el ordenamiento de la Unión. Así se ha sugerido también, con autoridad, en la doctrina italiana en este mismo ámbito de la responsabilidad del Estado-Juez⁹⁴.

Como se ve de todo este recorrido, para la hipótesis de una responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea, el ordenamiento interno de aplicación no es, en absoluto, más beneficioso, sino que, por el contrario, es claramente más restrictivo, razón por la cual aquí sí que habrá que aplicar el estándar de la violación suficientemente caracterizada, tal y como la ha considerado el Tribunal de Justicia, y no el criterio del error judicial del Tribunal Supremo.

VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Las conclusiones de todo lo visto pueden resumirse de la siguiente manera:

1.^a Para la responsabilidad en caso de incumplimiento judicial del ordenamiento de la Unión debe aplicarse el requisito de la violación suficientemente caracterizada, en detrimento de la interpretación propia del Tribunal Supremo sobre lo que (al menos hasta ahora) entiende por error judicial *ex artículo 293.1 LOPJ*.

⁹³ Se trata de la *S. Comisión c. Italia*, cit. *Vid.*, sobre todo, su apartado 45 y las reticencias ahí manifestadas por el Tribunal de Justicia.

⁹⁴ *Vid.* A. PACE, «Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice», en *Giur. cost.*, núm. 6, 2011, pág. 117.

2.^a Para la responsabilidad en caso de incumplimiento administrativo del Derecho de la Unión no debe exigirse el requisito de la violación suficientemente caracterizada, por ser ésta una exigencia que no se requiere en el sistema interno de daños imputables a las Administraciones públicas, *ex* artículos 139 y ss. LRJPAC.

3.^a Para la responsabilidad en caso de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea no debe exigirse tampoco la cualificación de incumplimiento manifiesto y grave, como sinónimo de suficientemente caracterizado, por no ser éste un requisito que, para el Tribunal Supremo, tenga equivalente a la hora de otorgar la indemnización en los supuestos de leyes inconstitucionales.

Ahora bien, esta última conclusión —que se opone a lo dicho por el Tribunal Supremo, como ya hemos visto— no tiene por qué ser una respuesta definitiva; máxime cuando existen serias dudas sobre la solución adoptada (en los términos en los que lo ha hecho el Tribunal Supremo) con respecto a la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales. Dudas que se refieren no sólo a su acierto en términos de oportunidad —pues ha sido seriamente criticada por su excesiva liberalidad (ya que, en algunos casos, podría tener una profundísima repercusión sobre la Hacienda pública) y por no estar reconocida de similar manera en los demás ordenamientos estales de nuestro entorno—, sino, fundamentalmente, sobre la corrección de que haya sido el Tribunal Supremo el que haya establecido las consecuencias patrimoniales de una ley inconstitucional, el que haya hecho su propia interpretación del artículo 40 LOTC y el que haya decidido la radical insuficiencia del artículo 139.3 LRJPAC, todo ello sin haber solicitado el concurso interpretativo del Tribunal Constitucional, vía cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que aquí se propone, en definitiva, es *una intervención del legislador estatal que regule directamente la responsabilidad patrimonial por el hecho de leyes inconstitucionales*. Donde se podrán establecer los condicionamientos que se consideren pertinentes y que sean constitucionales, obviamente; repárese sobre este último aspecto que, a diferencia de lo establecido en los artículos 106.2 CE y 121 CE, no existe previsión constitucional directa alguna para el supuesto que nos ocupa.

Entonces, para lo que en este trabajo más interesa, si la regulación resultante fuese más amplia o menos restrictiva que la establecida por el Tribunal de Luxemburgo, entonces habría que prescindir de ésta (construida a partir del requisito de la violación suficientemente caracterizada) y aplicar la estatal. Si, como parece más prudente, se hace una regulación similar para ambos casos —esto es, con alguna «válvula de seguridad» como la apuntada por el Tribunal Supremo en su más reciente

te jurisprudencia o como la establecida por el Tribunal de Justicia—, el régimen indemnizatorio será el mismo. Pero quede claro que el Derecho de la Unión no impone la fórmula indemnizatoria más generosa posible, sino —respetando siempre el mínimo de la violación suficientemente caracterizada, que no se puede rebajar— la igualdad de tratamiento.

Esta propuesta no debiera encontrar resistencias en el Tribunal Supremo, aunque no se oculta que topa con la dificultad de que, hasta ahora, éste se ha erigido en artífice solitario no sólo de la responsabilidad patrimonial del legislador, sino también de otras instituciones⁹⁵ —con la precisión de que, en las cuestiones más delicadas, no ha solido haber unanimidad en el seno de la Sala Tercera⁹⁶—, de una manera muy amplia, con (discutible) apoyo directo en el artículo 9.3 CE y reduciendo expresamente el margen del legislador al respecto⁹⁷.

Lo que parece estar fuera de toda duda es la necesidad de terminar con la situación actual, en la que la interpretación del Tribunal Supremo resulta muy amplia y generosa con los perjuicios sufridos por la aplicación de una ley después declarada inconstitucional, sin exigir hasta ahora ningún otro requisito de antijuridicidad que la pura inconstitucionalidad (incluso la meramente «formal», como hemos visto), y, sin embargo, para el resarcimiento de los daños producidos por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión Europea exige el requisito de que tal contradicción lo sea de una manera suficientemente caracterizada, con la consecuencia de desestimar numerosas pretensiones indemnizatorias. Y esto, además de otras consideraciones, no deja de ser un incumplimiento del ordenamiento de la Unión y puede denotar cierta incoherencia en el actuar de nuestro órgano jurisdiccional ordinario superior.

⁹⁵ Como es el caso del Tribunal Constitucional [*Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2009*, rec. núm. 585/2008 (Ponente: Enríquez), dictada por el Pleno de la Sala Tercera, a la que le acompañan tres votos particulares suscritos por ocho magistrados; puede verse un comentario crítico a la misma en E. COBREROS MENDAZONA, «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 87-88, 2010, págs. 285 y ss.] o del Defensor del Pueblo [*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009*, rec. núm. 603/2007 (Ponente: Huelin), también del Pleno de la Sala Tercera y con dos votos particulares suscritos por seis magistrados].

⁹⁶ Así, por ejemplo, en la *STS de 2 de junio de 2010*, cit., podemos leer que la avocación al Pleno vino aconsejada por la preocupación existente acerca de la procedencia de mantener o no algunos de los pilares básicos de su jurisprudencia; duda que surge no sólo por la controversia doctrinal existente —y que reconoce expresamente el propio Tribunal Supremo—, «sino también por el muy fundado voto particular que de modo regular suele acompañar a aquellas sentencias».

⁹⁷ Lo que no resulta pacífico e incluso fue inicialmente negado por la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992*, rec. núm. 46/1989 (Ponente: González Mallo), también del Pleno de la Sala Tercera, aunque posteriormente sería corregido en las *SSTS de 26 y 27 de noviembre de 2009 y 2 de junio de 2010*, citadas en las dos notas precedentes.

