

# LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE LA AUTONOMÍA PROCESAL Y SUS LÍMITES (EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD): UN MODELO AGOTADO TRAS LA SENTENCIA COMISIÓN/ESPAÑA (C-278/20)

SARA IGLESIAS SÁNCHEZ<sup>1</sup>  
sigles05@ucm.es

## Cómo citar/Citation

Iglesias Sánchez, S. (2023).

La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad del Estado desde la autonomía procesal y sus límites (equivalencia y efectividad): un modelo agotado tras la sentencia *Comisión/España* (C-278/20).

*Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, 111-146.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.74.04>

## Resumen

El incumplimiento de España del principio de efectividad, motivado por el régimen legal aplicable a la responsabilidad del Estado legislador por los daños causados por la infracción del Derecho de la UE puede considerarse quizás poco sorprendente. La sentencia *Comisión contra España* encierra no obstante un desarrollo tanto novedoso como preocupante en lo que respecta al principio de equivalencia —principio que, según la sentencia, no ha sido infringido por la legislación nacional, que obliga a aplicar a los recursos fundados en el Derecho de la Unión Europea los requisitos de *Brasserie*, aun cuando estos no son aplicables a los recursos de responsabilidad por los daños producidos por leyes declaradas inconstitucionales—. La sentencia suscita en este punto importantes cuestiones que hacen dudar de su coherencia con la jurisprudencia anterior y con la misma *raison d'être* del principio de equivalencia. La

---

<sup>1</sup> Profesora titular, Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación I+D «El principio de lealtad en el sistema constitucional de la Unión Europea». PID2019-108719GB-I00, 2020-2024.

sentencia obliga a la reflexión sobre la verdadera naturaleza jurídica de la efectividad y la equivalencia, y sobre su relación con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva. ¿Se trata de auténticos principios generales independientes? ¿Debe su ámbito de aplicación determinarse siguiendo las mismas reglas que la Carta? Y, en última instancia, ¿son aplicables las conclusiones sobre el ámbito de aplicación del principio de equivalencia delimitado en esta sentencia al ámbito de aplicación de la Carta?

### **Palabras clave**

Responsabilidad del Estado legislador; principio de autonomía procesal; principio de equivalencia; principio de efectividad; Tribunal de Justicia de la UE; Carta de los Derechos fundamentales; igualdad; tutela judicial efectiva.

### **THE JURISPRUDENTIAL CONSTRUCTION OF THE PRINCIPLE OF RESPONSIBILITY OF THE STATE ON THE BASIS OF THE PRINCIPLE OF PROCEDURAL AUTONOMY AND ITS LIMITS (EQUIVALENCE AND EFFECTIVENESS): AN EXHAUSTED APPROACH AFTER THE JUDGMENT COMMISSION V. SPAIN (C-278/20)**

### **Abstract**

Spain's infringement of the principle of effectiveness, motivated by the legal regime applicable to the liability of the State-legislator, does not precisely strike out as surprising. The judgment *Commission v Spain* contains, however, a novel and worrying development with regard to the principle of equivalence – a principle that, according to the judgment, has not been infringed by national legislation, which mandates that the *Brasserie* conditions be applied to claims for damages based on EU law, whereas such conditions are not applicable to claims for damages caused by laws declared unconstitutional. On this point, the judgment presents important challenges that cast doubt on its coherence with previous case law and with the very *raison d'être* of the principle of equivalence. The ruling leaves open key questions on the true legal nature of effectiveness and equivalence and their relationship with the principles of equality and effective judicial protection. Are these genuine autonomous general principles? Should their scope of application be determined following the same rules as the Charter? And ultimately, are the conclusions on the scope of application of the principle of equivalence defined in this ruling applicable to the scope of application of the Charter itself?

### **Keywords**

Responsibility of the State for legislative acts; principle of procedural autonomy; principle of equivalence; principle of effectiveness; Court of Justice of the EU; Charter of Fundamental Rights; equality; effective legal protection.

LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ  
DE L'ÉTAT À PARTIR DE L'AUTONOMIE PROCÉDURALE ET SES LIMITES  
(L'ÉQUIVALENCE ET L'EFFECTIVITÉ) : UN MODÈLE ÉPUISÉ APRÈS L'ARRÊT  
COMMISSION C. ESPAGNE (C-278/20)

**Résumé**

La déclaration du manquement de l'Espagne par rapport au principe d'effectivité, motivée par le régime juridique applicable à la responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés par la violation du droit de l'UE, n'est pas du tout surprenante. L'arrêt *Commission contre l'Espagne* contient cependant un développement nouvel et inquiétant en ce qui concerne le principe d'équivalence – un principe qui, selon l'arrêt, n'a pas été violé par la législation nationale, qui applique aux recours fondés sur la Droit de l'Union les «exigences de *Brasserie*», exigences qui ne sont pas applicables aux recours en responsabilité pour les dommages produites par des lois déclarées inconstitutionnelles. Sur ce point, l'arrêt suscite des questions importantes qui mettent en doute sa cohérence avec la jurisprudence et avec la même raison d'être du principe d'équivalence. Le jugement oblige à réfléchir sur la véritable nature juridique de l'effectivité et de l'équivalence et sur leur relation avec les principes d'égalité et de protection juridictionnelle effective. S'agit-il de véritables principes généraux indépendants? Leur champ d'application doit-il être déterminé selon les mêmes règles que la Charte? Et finalement, les conclusions sur le champ d'application du principe d'équivalence définies dans ce jugement sont-elles applicables au champ d'application de la Charte?

**Mots clés**

Responsabilité de l'État législateur; principe d'autonomie procédurale; principe d'équivalence; principe d'efficacité; Cour de justice de l'UE; Charte des droits fondamentaux; égalité; protection juridictionnelle effective.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PARTICULARIDAD DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA UE EN ESPAÑA: 1. Un sistema de origen jurisprudencial. 2. Transportes Urbanos. 3. La jurisprudencia post-Transportes Urbanos. 4. La legislación de 2015 y la infracción del principio de efectividad. IV. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA: UNA (RE) INTERPRETACIÓN. V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EQUIVALENCIA Y LA EFECTIVIDAD: INCONGRUENCIAS E INCERTIDUMBRE: 1. Clarificación de la jurisprudencia o «*revirement jurisprudentiel*»? 2. Implicaciones prácticas. 3. El razonamiento subyacente: el peligroso paralelismo con la Carta. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EQUIVALENCIA, EFECTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - UN MODELO AGOTADO. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La declaración del incumplimiento de España motivada por el régimen de responsabilidad del Estado legislador introducido por las Leyes 39/2015 y 40/2015<sup>2</sup> ha sorprendido a pocos<sup>3</sup>. Sin embargo, esta crónica de una muerte anunciada incluye un inesperado giro jurisprudencial que ha tornado la victoria de la Comisión en pírrica: la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022 *Comisión/España*<sup>4</sup> reinterpreta el alcance del principio de equivalencia en materia de responsabilidad del Estado de una forma marcada e inesperadamente restrictiva. Este desarrollo, de implicaciones aún inciertas, genera múltiples interrogantes y apunta a consecuencias problemáticas.

<sup>2</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE n.º 236, de 2 de octubre de 2015, p. 89411) y Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE n.º 236, de 2 de octubre de 2015, p. 89343).

<sup>3</sup> Véase sobre el debate antes de la sentencia (Guichot Reina, 2016; Irazzo Cerezo, 2020; Plasencia Sánchez y de Pedro Marín, 2019; Ibáñez García, 2021).

<sup>4</sup> Sentencia de 28 de junio de 2022, *Comisión/España* (Infracción del Derecho de la Unión por el legislador), C-278/20, EU:C:2022:503.

La sentencia en *Comisión/España* tiene un indudable interés desde el punto de vista del Derecho español. Confirma que el régimen elaborado por nuestro legislador para dar cumplimiento específico al principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la Unión infringe el principio de efectividad. Se hace necesaria, por lo tanto, una modificación legislativa. Sin embargo, los aspectos de la sentencia relativos a la infracción cometida por el Reino de España, a pesar de su indudable importancia, relevancia y complejidad en el panorama nacional, no constituyen los desarrollos más sobresalientes ni tan siquiera novedosos de la sentencia. Quizás la mayor novedad a este respecto sea el hecho de que se consolida el papel de la efectividad y de la equivalencia en el recurso de incumplimiento como fundamentación exclusiva, lo que supone abordar las normas nacionales desde un punto más general y abstracto, y con un nivel de intensidad de revisión jurisdiccional elevado. Ello hace que la lógica que rige el examen de dichos principios sea distinta de la que rige en las cuestiones prejudiciales, en las que el examen último de la equivalencia y la efectividad se confía a menudo a las propias jurisdicciones nacionales, en el ámbito de la situación concreta de un litigante<sup>5</sup>. En todo caso, desde el punto de vista del interés que la sentencia de Gran Sala pueda tener para el desarrollo e interpretación del Derecho de la Unión, la condena a España y su fundamentación jurídica se basan en consideraciones más o menos tradicionales, y que, a pesar de su rigor (Feilhés, 2022) no presentan grandes novedades en relación con la interpretación tradicional del Tribunal de Justicia del denominado «principio de efectividad», más allá del hecho de que esta sentencia consolida, en el plano sistémico, el importante papel de la efectividad como parámetro de control autónomo y exclusivo del cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros.

Por el contrario, el elemento central que conlleva que la sentencia *Comisión contra España* sea de enorme importancia más allá de nuestras fronteras es precisamente el punto en el que el Tribunal de Justicia ha considerado que el Derecho español no infringe el Derecho de la Unión, al estimar que no hay violación del principio de equivalencia. Es en esta discusión en la que se centrará el presente trabajo, remitiéndonos a la doctrina administrativista más autorizada para el análisis y crítica de las implicaciones de la declaración de incumplimiento sobre el sistema español de responsabilidad y sus perspectivas de desarrollo futuro (i.a. Cobrerros Mendazona, 2022; Doménech Pascual,

---

<sup>5</sup> Otros recursos por incumplimiento en el que fundamentalmente el principio de efectividad ha desempeñado un papel central: Sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, C-129/00, EU:C:2003:656 o la sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Comisión/Reino Unido*, C-640/13, EU:C:2014:2457.

2022a; Doménech Pascual, 2022b; Fernández Farreres, 2022; Guichot, 2022; Rodríguez de Santiago 2022).

En definitiva, este trabajo pretende «alejar el foco» y someter a debate las implicaciones de la sentencia *Comisión/España* desde el punto de su controvertido impacto en el desarrollo del propio Derecho de la Unión, teniendo en cuenta la interpretación que el Tribunal de Justicia ofrece del ámbito de aplicación del principio de equivalencia. Atendiendo a que ambos principios —equivalencia y efectividad— constituyen límites a la autonomía procesal de los Estados miembros, la interpretación del ámbito de aplicación del primero es previsiblemente aplicable al segundo. En efecto, aunque en ocasiones ambos «principios» tengan vocación de proyectarse frente a requisitos o normas nacionales de distinta naturaleza, su ámbito de aplicación debe ser idéntico, debido a su función paralela en el ordenamiento jurídico de la Unión. Por esta razón, la sentencia supone un desarrollo muy relevante en la interpretación de los requisitos para la responsabilidad del Estado, a pesar de que el Tribunal de Justicia ha «vestido» su interpretación de mera reiteración de algo que ya estaba supuestamente claro. Bajo un halo de normalidad, la sentencia encierra un desarrollo muy relevante —y problemático— cuyas implicaciones más sobresalientes son examinadas en el presente trabajo.

Para acometer esta tarea, se examinarán, en primer lugar, las particulares características del principio de responsabilidad del Estado tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia del Tribunal. En segundo lugar, se presentará el contexto más amplio de la regulación de la responsabilidad del Estado legislador en España, y los antecedentes que están en la raíz de la problemática actual, para pasar a presentar seguidamente los elementos problemáticos de la actual legislación que justifican la declaración de infracción del Tribunal de Justicia. En tercer lugar, se esbozará el desarrollo jurisprudencial novedoso realizado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Comisión/España* en relación con el principio de equivalencia. Finalmente, en una cuarta sección, se examinarán los elementos problemáticos del razonamiento del Tribunal, de la incardinación de la nueva interpretación del principio de equivalencia con la jurisprudencia anterior, así como las preocupantes conclusiones sistemáticas a las que puede llegarse si llevamos la sentencia a sus últimas consecuencias en relación con el ámbito de aplicación de la Carta.

## II. LA PARTICULARIDAD DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión se enmarca tradicionalmente

entre los grandes principios rectores de las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional y el de la Unión. No hay duda de que la sentencia *Francovich*<sup>6</sup> engrosa las filas de las sentencias históricas, junto con *Van Gend en Loos*<sup>7</sup> y *Costa/Enel*<sup>8</sup>. No obstante, hay algo distinto en la naturaleza del principio de la responsabilidad del Estado cuando se le pone en relación con los principios de la primacía y del efecto directo. Si estos dos últimos principios se incardinan en el ámbito inter-ordinamental, respondiendo a cuestiones clásicas que ya informaban el debate sobre las relaciones entre Derecho nacional y Derecho Internacional, el principio de la responsabilidad del Estado —creando una vía de recurso directamente accionable para los particulares— tiene una doble dimensión.

En primer lugar, el principio de la responsabilidad del Estado se sitúa —a la par con la primacía y el efecto directo— como pieza central del sistema de interrelación entre ordenamientos, al suponer un sistema de cierre que permite afirmar la coherencia y efectividad del Derecho de la Unión cuando el tándem primacía/efecto directo no ofrece una solución efectiva a los justiciables. La falta de efecto directo pone en peligro la efectividad del principio de primacía<sup>9</sup>, y con ello, suscita grandes dudas sobre el sistema jurídico de la Unión en cuanto ordenamiento jurídico completo y efectivo. El principio de responsabilidad del Estado colma esta laguna y contribuye a una concepción del ordenamiento jurídico de la Unión, sino perfecta, perfeccionada<sup>10</sup>.

Pero también, y, en segundo lugar, el principio de responsabilidad del Estado penetra directamente en el universo de las vías de recurso de los Estados miembros. Su papel de elemento de cierre de las relaciones inter-ordinamentales pasa por su función de clave de bóveda en el sistema europeo de vías de recurso, como elemento central en el empoderamiento de los tribunales nacionales como auténticas jurisdicciones ordinarias encargadas de la aplicación y salvaguarda efectiva del Derecho de la Unión. En definitiva, el principio de responsabilidad del Estado constituye no únicamente un elemento central en la maquinaria de un nuevo ordenamiento jurídico que aspira a la coherencia, complitud y eficiencia, sino que también supone un elemento crucial para

<sup>6</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428.

<sup>7</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963, *van Gend & Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

<sup>8</sup> Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66.

<sup>9</sup> El Tribunal de Justicia ha confirmado en tiempos recientes que las normas carentes de efecto directo no implican la obligación de dejar inaplicadas las normas de derecho nacional contrarias al derecho de la Unión. Sentencia de 24 de junio de 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530.

<sup>10</sup> Aludiendo, en este ámbito, a la idea de «ley imperfecta» (Baquero Cruz, 2010).

un sistema de vías de recurso en el marco de un complejo judicial descentralizado. Se trata así no únicamente de un principio rector de las relaciones entre ordenamientos jurídicos, sino también de un principio central para asegurar el cumplimiento de las exigencias del Estado de Derecho a través del particular sistema de protección jurisdiccional de la Unión<sup>11</sup>.

Atendiendo a esta doble personalidad del principio de responsabilidad del Estado, no puede sorprender que, cuando la sentencia *Francovich* «descubrió» y desarrolló el nuevo principio, la alarma de la autonomía procedimental sonó en todos los Estados miembros<sup>12</sup>. El Tribunal de Justicia había inaugurado una nueva vía de recurso mediante la cual el Derecho de la Unión aseguraba directamente a los justiciables la vía indemnizatoria, y sentaba además las bases materiales para el establecimiento de unos *requisitos suficientes* para dar lugar a tal responsabilidad<sup>13</sup>. El principio de la responsabilidad del Estado pasaba así a incorporarse —de forma ciertamente tardía, pero decidida— a los principios rectores de las relaciones entre Derecho nacional y Derecho de la Unión, realizando al mismo tiempo una incursión muy considerable en el ámbito de autonomía procesal de los Estados miembros.

Desde este momento inaugural es patente la tensión entre el carácter central del principio de la responsabilidad del Estado en tanto que elemento rector de las relaciones entre ordenamientos jurídicos, y su aproximación al mismo en tanto que incursión en un ámbito de autonomía procesal de los Estados miembros. Esta tensión se manifiesta patentemente en el hecho de que la gran mayoría de los casos (en su mayoría, de naturaleza prejudicial) en los que cuestiones relativas al principio de responsabilidad del Estado alcanzan el Tribunal, las cuestiones se centran en la autonomía procesal de los Estados y en sus límites. La responsabilidad del Estado ha sido pues tradicionalmente un terreno abonado para el desarrollo interpretativo de los principios de equivalencia y efectividad, como veremos, no siempre de forma coherente.

De hecho, la acuñación como principios de «equivalencia y la efectividad» de los criterios de la fórmula *Rewe-San Giorgio*<sup>14</sup> tiene una filiación directa, si atendemos a los resultados del motor de búsqueda de Curia, con asuntos

<sup>11</sup> Identificando este elemento (Rodríguez Iglesias, 2006: 254).

<sup>12</sup> La reacción puede verse claramente en las intervenciones de algunos Estados miembros, transcritas en la sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79.

<sup>13</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apdo. 41.

<sup>14</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1976, 33/76, EU:C:1976:188 y sentencia de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, 199/82, EU:C:1983:318.

centrales en el desarrollo del principio de la responsabilidad del Estado, tales como *Brasserie du pêcheur* y *Hedley Lomas*<sup>15</sup>. La importante incidencia del principio de la responsabilidad del Estado en el principio de la autonomía procesal de los Estados miembros explica en gran medida que sea en este ámbito donde comenzó a desarrollarse de modo muy significativo la jurisprudencia sobre los límites a este último principio. El hecho de que la acuñación y una parte importante del posterior desarrollo de los denominados principios de equivalencia y efectividad se haya producido precisamente en el ámbito de la responsabilidad del Estado amplifica, si cabe, la relevancia de la sentencia en el asunto *Comisión/España*.

En este contexto emerge ya el problema que nos llevará a importantes contradicciones en el asunto *Comisión/España*: bien pudiera parecer que la propia sentencia *Francovich* y su progenie<sup>16</sup>, llevan a cabo una armonización *mínima* de los requisitos materiales de la responsabilidad del Estado por la vía jurisprudencial que entra en contradicción con la idea misma de que este ámbito se encuentre regido *completamente* por el principio de la autonomía procesal y sus límites. Cuando hablamos de las condiciones para la responsabilidad del Estado establecidas por la jurisprudencia ¿Estamos aún ante un ámbito no regulado por el Derecho de la Unión en el que el punto de partida es la autonomía procesal estatal? ¿O se trata, por el contrario, de un ámbito completamente armonizado por la vía jurisprudencial en el cual no cabe ya en modo alguno dicha autonomía?

La sentencia *Comisión/España*, como veremos, parece apostar por la segunda de las opciones. Ello implica que, en el ámbito de las condiciones materiales armonizadas por la jurisprudencia, no hay lugar para la equivalencia y la efectividad.

---

<sup>15</sup> Los principios de equivalencia y efectividad aparecen acuñados por el abogado general Léger, quien se refiere al «principe d'équivalence (ou de non-discrimination) y descarta otra nomenclatura que se refería a él como «requirement of “comparability”» (citando a Tash, 1993). Conclusiones del abogado general Philippe Léger de 20 de junio de 1995, *Hedley Lomas*, C-5/94, EU:C:1995:193, punto 57. De nuevo, si atendemos a los resultados del motor Curia en la versión francesa, en la sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apdo. 95, el Tribunal se refiere por primera vez en la versión francesa al «príncipe d'effectivité». Ambos, el «principe d'équivalence» y el «principe d'effectivité» aparecen ya entre paréntesis en la formulación que se ha generalizado en la sentencia de 10 de julio de 1997, *Palmisani*, C-261/05, EU:C:1997:351, apdo. 27.

<sup>16</sup> Sobre el carácter errático de la primera época de esta jurisprudencia, véase Alonso García, 1997.

### III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA UE EN ESPAÑA

#### 1. UN SISTEMA DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL

La doctrina extranjera se ha fijado en el curioso protagonismo del que disfruta España en la jurisprudencia del TJUE en materia de responsabilidad del Estado (Feilhés, 2022: 551)<sup>17</sup>. Efectivamente, la sentencia *Comisión/España* se agrega a la famosa *Transportes Urbanos y Servicios Generales*<sup>18</sup> para formar un extraño tándem que ha acabado en un desenlace que provoca tanto perplejidad como preocupación.

Sin ser posible desentrañar con precisión en estas páginas el *imbroglio* subyacente, es ineludible hacer una breve mención de los antecedentes de esta corta pero intensa saga jurisprudencial europea, que hunde sus raíces en una saga jurisprudencial patria mucho más dilatada.

La particularidad de nuestro régimen de responsabilidad del legislador reside en que su configuración legal ha sido tardía y que su *pedigree* es marcadamente jurisprudencial —si bien este último rasgo puede ser no tan particular en el derecho comparado—<sup>19</sup>. La centralidad del principio de equivalencia en el debate español sobre la responsabilidad del Estado en relación con violaciones de Derecho de la Unión viene precisamente determinada por esa genética jurisprudencial, y, en particular, por la posición que el Tribunal Supremo adoptó a la hora de aplicar su jurisprudencia relativa a las leyes declaradas inconstitucionales a las situaciones en las cuales los daños provenían de violaciones del Derecho de la Unión.

La jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado legislador en España ha sido desarrollada tardíamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las leyes declaradas inconstitucionales. No fue hasta el año

<sup>17</sup> Si bien no es el único Estado miembro que ha sido condenado en incumplimiento a causa de su inadecuado régimen de responsabilidad. Véase, en relación con la responsabilidad por actos de los jueces, la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Comisión c. Italia, C-379/10, EU:C:2011:775.

<sup>18</sup> Sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, EU:C:2010:39.

<sup>19</sup> En efecto, la propia sentencia *Brasserie du pêcheur* alude, para defender de las objeciones planteadas por varios Estados miembros la aplicación del principio de responsabilidad del Estado al legislador, al hecho de que dicho principio se había desarrollado en sede jurisprudencial en muchos sistemas jurídicos nacionales. Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apdo. 30.

2000 cuando el alto tribunal reconoció dicha posibilidad en la famosa saga del «gravamen complementario» sobre los juegos de azar, dando lugar a un importante debate doctrinal (sin ánimo de exhaustividad, García de Enterría, 2005 o Doménech Pascual, 2001).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fue modificándose y precisándose con el tiempo, y entre dichas precisiones emergió una diferenciación entre los requisitos necesarios para generar la responsabilidad del legislador en relación con leyes declaradas inconstitucionales y las que fueran contrarias al Derecho de la Unión Europea<sup>20</sup>. La diferenciación consistía en que la interposición de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la incompatibilidad de una ley con el Derecho de la Unión era sometida por la jurisprudencia al requisito del agotamiento previo de las vías de recurso contra el acto administrativo lesivo, a diferencia de lo que ocurría con las leyes inconstitucionales, en relación con las cuales no se solicitaba dicho requisito.

## 2. TRANSPORTES URBANOS

Esta diferenciación fue objeto del asunto *Transportes Urbanos y Servicios Generales*<sup>21</sup>, en el cual el propio Tribunal Supremo cuestionaba la compatibilidad de su jurisprudencia con el principio de equivalencia<sup>22</sup>.

El Tribunal Supremo intentó justificar la diferencia de trato en las diferencias que existen entre los recursos basados en la incompatibilidad de una norma con el Derecho de la Unión y aquellos basados en la infracción de la Constitución. Mientras que en relación con estos últimos es necesario siempre una declaración de inconstitucionalidad, debido al monopolio de control que ostenta el Tribunal Constitucional, no ocurre lo mismo en relación con los primeros, donde la incompatibilidad con el Derecho de la Unión puede ser declarada por cualquier tribunal. En este contexto, el Tribunal Supremo transmitía al Tribunal de Justicia un argumento de peso destinado a desmontar la concurrencia del prerrequisito de la comparabilidad de los recursos, pretendiendo así hacer inaplicable el principio de equivalencia: dado el particular sistema de control de constitucionalidad de las leyes, añadir un recurso de

<sup>20</sup> Para un excelente resumen explicativo de la jurisprudencia (Doménech Pascual, 2022b).

<sup>21</sup> Sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, EU:C:2010:39.

<sup>22</sup> No es posible aquí presentar en profundidad la sentencia y la problemática subyacente. Para ello me remito a (Alonso García, 2009; Martín y Pérez de Nanclares, 2010; Plaza Martín, 2012).

agotamiento previo de las vías de recurso administrativas y judiciales para poder reclamar la responsabilidad patrimonial por infracción de la Constitución supondría una carga desmesurada en los justiciables<sup>23</sup>.

El Tribunal de Justicia, siguiendo al abogado general, estimó en una breve sentencia de Gran Sala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo era contraria al Derecho de la Unión por infringir, en particular, el principio de equivalencia. El abogado general había estimado, con carácter abstracto, que las diferencias apuntadas por el Tribunal Supremo en relación con el control de las leyes declaradas inconstitucionales y el control del propio Derecho de la Unión no eran suficientes para justificar la divergencia de requisitos<sup>24</sup>.

El Tribunal ofreció sin embargo una posición más matizada, teniendo en cuenta las circunstancias del asunto litigioso. En efecto, para estimar si se cumplía con el principio de equivalencia *en el litigio principal*<sup>25</sup>, el Tribunal examinó exclusivamente si la reclamación interpuesta por Transportes Urbanos —basada en el Derecho de la Unión— hubiera corrido mejor suerte de haberse presentado alegando una posible infracción de la Constitución. Tras estimar —en abstracto— que el objeto de ambos tipos de recursos podían considerarse comparables, el Tribunal reparó en las circunstancias particulares del caso: en el litigio principal, Transportes Urbanos había basado su recurso expresamente en una sentencia de incumplimiento dictada por el propio Tribunal<sup>26</sup>. En esas circunstancias, el Tribunal concluyó que, si Transportes Urbanos hubiera podido basar su reclamación en una sentencia del Tribunal Constitucional declarando la ley litigiosa inconstitucional, tal reclamación hubiera tenido más posibilidades de ser estimada<sup>27</sup>. Por lo tanto, en el *contexto particular* que había dado lugar al litigio<sup>28</sup>, y a falta de otras explicaciones aclarando la existencia de diferencias entre ambos sistemas resarcitorios, la distinción impuesta por la jurisprudencia carecía de justificación desde el punto de vista del principio de equivalencia<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Esta explicación es recogida en los apdos. 15 a 20 de la sentencia Transportes Urbanos.

<sup>24</sup> Conclusiones del abogado general M. Poiares Maduro de 9 de julio de 2009, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, EU:C:2009:437, puntos 35 y ss.

<sup>25</sup> Apdo. 35 de la sentencia.

<sup>26</sup> Apdo. 40, refiriéndose a la sentencia de 6 de octubre de 2005, Comisión/España, C-204/03, EU:C:2005:588.

<sup>27</sup> Apdo. 42.

<sup>28</sup> Apdo. 43.

<sup>29</sup> Apdo. 44.

### 3. LA JURISPRUDENCIA POST-TRANSPORTES URBANOS

El efecto de la sentencia del TJUE no se dejó esperar, y el Tribunal Supremo procedió a una armonización de sus propias condiciones jurisdiccionalmente establecidas para la responsabilidad del Estado por leyes contrarias tanto a la Constitución como al Derecho de la Unión<sup>30</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo no apostó por una uniformización completa, sino que decidió además aplicar en los asuntos referidos a la infracción del Derecho de la Unión los requisitos propios de la jurisprudencia de Luxemburgo, entre los cuales, el de la violación suficientemente caracterizada y el de la infracción de una norma que otorgue derechos, no son aplicables a los litigios relativos a leyes inconstitucionales. La cuestión de la compatibilidad de la jurisprudencia con el principio de equivalencia volvía a quedar de nuevo sobre la mesa<sup>31</sup>.

No obstante, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo da cuenta de que la alta jurisdicción ha sido claramente consciente del problema<sup>32</sup>, no se planteó cuestión prejudicial al efecto. El modelo jurisprudencial de la equiparación en los requisitos aplicables a recursos semejantes de naturaleza interna, y la acumulación de estos a los requisitos de *Brasserie* fue después seguido por el legislador nacional, si bien estableciendo requisitos «nacionales» más restrictivos de los provenientes de la jurisprudencia, con el ánimo de restringir el acceso a la vía indemnizatoria tras la avalancha de recursos entablados tras la sentencia sobre el «céntimo sanitario»<sup>33</sup> (Ibáñez García, 2021).

### 4. LA LEGISLACIÓN DE 2015 Y LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

En la sentencia *Comisión/España*, el Tribunal ha declarado que dicha normativa infringe el principio de efectividad (en particular, los arts. 32 (3 a 6) y 34 (1) de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, y el art. 67(1) de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). En muy resumidas cuentas, el motivo de esta infracción es que dichas disposiciones someten la indemnización

---

<sup>30</sup> Sobre la recepción de la sentencia del Tribunal de Justicia (Alonso García y Martín Delgado, 2020: 115 y ss.).

<sup>31</sup> Véase a título de ejemplo sobre este debate (Cobrerros Mendazona, 2015; Alonso García y Martín Delgado, 2020).

<sup>32</sup> Véase en particular la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014, recurso núm. 390/2012).

<sup>33</sup> Sentencia de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, C-82/12, EU:C:2014:108.

de los daños causados por el legislador por violación del DUE a determinados requisitos. En primer lugar, la legislación española presupone la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia declarando la contrariedad de la norma legal nacional al Derecho de la Unión Europea, algo que la jurisprudencia ya había aclarado previamente que no podía constituir un requisito en modo alguno. En segundo lugar, la norma nacional también requiere que el particular haya obtenido en cualquier instancia una sentencia firme desestimatoria del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin prever excepciones para supuestos en los que el daño derive directamente del legislador sin actuación administrativa impugnada. En tercer lugar, la legislación nacional establece un plazo de prescripción de un año desde publicación en DOUE de la sentencia del TJUE (no abarcando supuestos en los que no existe sentencia). En cuarto lugar, se limitan los daños indemnizables solo en los 5 años anteriores a la sentencia. Todos estos aspectos, en los que no nos vamos a detener, y que han sido ampliamente examinados ya por la doctrina (Cobrerros Mendazona, 2022; Doménech Pascual, 2022a; Doménech Pascual, 2022b; Fernández Farreres, 2022), motivan que el Tribunal de Justicia haya estimado el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea en lo que respecta al principio de efectividad, al estimar que, en esencia, la mayoría de los aspectos de las disposiciones litigiosas hacen prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización.

No obstante, al margen del endurecimiento de los requisitos en la legislación de 2015 y de la declaración de infracción sobre la base del principio de efectividad, la base sistemática de equiparación en los requisitos «nacionales» y acumulación de los requisitos «europeos» que se encontraba ya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es seguida por el legislador al establecer la primera codificación del principio de responsabilidad del Estado legislador por violación del Derecho de la Unión en España en las Leyes 40/2015 y 39/2015, citadas más arriba. De manera sobresaliente, el Tribunal de Justicia no pone en entredicho en modo alguna esta construcción sistemática. La sentencia en el asunto *Comisión/España* focaliza la condena a España en el rigor de algunos de los aspectos «nacionales» del sistema por su contrariedad al principio de efectividad, y, sin embargo, niega la aplicabilidad del principio de equivalencia a los requisitos «europeos».

#### IV. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA: UNA (RE) INTERPRETACIÓN

En efecto, el punto final, pero crucial, de la demanda de la *Comisión/España* en el asunto C-278/20, argumentaba que las condiciones de fondo previstas por la normativa española sometían el resarcimiento de los daños

provocados por el legislador por violaciones del Derecho de la Unión a condiciones menos favorables que las aplicables a los daños producidos por legislación inconstitucional.

Ciertamente, el apdo. 5 del art. 32 de la Ley 40/2015 comienza recogiendo los requisitos paralelos a los requisitos para recursos «nacionales», calcando para la responsabilidad por violación del legislador del Derecho de la Unión los requisitos de la responsabilidad por leyes inconstitucionales del apdo. 4 de la misma disposición<sup>34</sup>. No obstante, el paralelismo se rompe cuando, en el caso de infracción del Derecho de la Unión, se añaden además los «requisitos de *Brasserie*»: «la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; el incumplimiento ha de estar suficiente caracterizado; ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión [...] y el daño sufrido por los particulares».

El resultado es que los requisitos aplicables para obtener una indemnización frente a infracciones del Derecho de la Unión por parte del legislador son más restrictivos que los requisitos aplicables cuando la ley nacional ha sido declarada inconstitucional. La polémica en relación con el principio de equivalencia está servida: los requisitos de *Brasserie* no se imponen en modo alguno para los «recursos nacionales» (tomando por sentado que los recursos para el caso de normas declaradas inconstitucionales sean efectivamente de la misma naturaleza).

En *Comisión/España*, el Tribunal, siguiendo al abogado general<sup>35</sup>, ha dado una respuesta tajante: el segundo motivo de la Comisión, relativo al principio de equivalencia, se basa en una interpretación errónea de la jurisprudencia y es desestimado por infundado<sup>36</sup>.

El razonamiento empleado por el Tribunal para llegar a tal solución es el siguiente. En primer lugar, el apdo. 178 de la sentencia, que por su indudable relevancia reproducimos en su integridad, reza:

---

<sup>34</sup> El apdo. 4 del art. 32 de la Ley 40/2015 reza: «Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión [...], procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión [...] posteriormente declarada».

<sup>35</sup> Conclusiones del abogado general Szpunar de 9 de diciembre de 2021, *Comisión/España*, C-278/20, EU:C:2021:996.

<sup>36</sup> Apdo. 185.

el principio de equivalencia tiene por objeto establecer un marco para la autonomía procesal de la que disponen los Estados miembros *cuando aplican el Derecho de la Unión* y este no establece nada en la materia. De ello se desprende que, *por lo que se refiere a la responsabilidad del Estado* por infracción del Derecho de la Unión, este principio solo está destinado a aplicarse cuando dicha responsabilidad se contrae *sobre la base del Derecho de la Unión*, y, por tanto, cuando se cumplen los requisitos correspondientes...<sup>37</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal señala que el principio de equivalencia no puede fundamentar una obligación para los Estados miembros de permitir que nazca un derecho a indemnización *conforme a requisitos más favorables* que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal<sup>38</sup>. El Tribunal explicita que la Comisión, en su recurso, está en realidad cuestionando los requisitos para exigir la responsabilidad que reproducen *fielmente* los requisitos de *Brasserie*<sup>39</sup>, y concluye que, incluso si dichos requisitos fueran menos favorables que los aplicables a recursos semejantes de naturaleza interna, el principio de equivalencia no estaría destinado a aplicarse<sup>40</sup>.

Una vez establecida esta conclusión a través del aludido argumento principal, el Tribunal refuerza su razonamiento aludiendo a su jurisprudencia anterior a través de tres argumentos *ad abundantiam*.

En primer lugar, el Tribunal alude a su jurisprudencia reiterada según la cual la responsabilidad que los Estados miembros pueden aceptar que se les exija bajo requisitos menos restrictivos que los señalados en la jurisprudencia del Tribunal se incurriría en responsabilidad «sobre la base no del Derecho de la Unión, sino del Derecho nacional»<sup>41</sup>. En segundo lugar, el Tribunal rescata otra célebre formula jurisprudencial de significado incierto, según la cual «el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho»<sup>42</sup>. Finalmente, y en tercer lugar, el Tribunal encara el argumento de la Comisión, basado en el pasaje de *Franovich* según el cual tanto las condiciones de forma como las de fondo establecidas por las legislaciones nacionales en materia de

<sup>37</sup> Apdo. 178. El subrayado es nuestro.

<sup>38</sup> Apdo. 179. El subrayado es nuestro.

<sup>39</sup> Apdo. 180.

<sup>40</sup> Apdo. 181.

<sup>41</sup> Apdo. 182.

<sup>42</sup> Apdo. 183, refiriéndose a la sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C118/08, EU:C:2010:39, apdo. 34 y a la jurisprudencia allí citada. Énfasis añadido.

indemnización las que «no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna...»<sup>43</sup>. El Tribunal reconoce que es cierto que la jurisprudencia ha reiterado que el principio de equivalencia cubre tanto los requisitos de forma como los de fondo, pero señala que, del propio tenor de dicha jurisprudencia se deduce que el Tribunal se está refiriendo siempre «a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños una vez que el derecho a ser resarcido *haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión*»<sup>44</sup>.

En resumen, la sentencia limita el ámbito de aplicación del principio de equivalencia a los requisitos (ya sean sustantivos o procesales) que vayan más allá de las tres condiciones de *Brasserie*. Teniendo en cuenta que tanto el principio de efectividad como el de equivalencia funcionan como límites a la autonomía procesal de los Estados miembros, esta conclusión debería ser también aplicable al ámbito de aplicación del principio de efectividad.

## V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EQUIVALENCIA Y LA EFECTIVIDAD: INCONGRUENCIAS E INCERTIDUMBRE

El *iter* argumentativo de la sentencia del Tribunal desgranado en el apartado anterior puede parecer a primera vista intachable. Las implicaciones de dicho pronunciamiento van no obstante más allá del rigor lógico y encallan en importantes fallas tanto argumentativas como materiales y prácticas. En primer lugar, la relación del argumento sostenido en la sentencia es problemático en relación con la jurisprudencia anterior (1). En segundo lugar, las implicaciones prácticas son significativas e introducen una importante componente disgregadora que parece contradecir la misma razón de ser del principio de equivalencia (2). Finalmente, y en tercer lugar, al razonamiento principal subyace un paralelismo oculto con el ámbito de aplicación de la Carta que, llevado a sus últimas consecuencias, puede plantear importantes disfunciones (3).

<sup>43</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apdo. 43. El Tribunal cita también las sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apdos. 98 y 99, y de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, EU:C:2007:213, apdo. 89.

<sup>44</sup> Apdo. 184.

## 1. CLARIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA O «REVIREMENT JURISPRUDENTIEL»?

Como se ha indicado más arriba, la sentencia *Francovich*, entre otras, señalaba abiertamente que los principios de equivalencia y efectividad se aplicaban tanto a los requisitos de forma como a los de fondo que las legislaciones nacionales estableciesen en materia de responsabilidad<sup>45</sup>. En *Comisión/España*, el Tribunal de Justicia revalida expresamente la apreciación de *Francovich* pero añade que esta precisión «se refiere *siempre* a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños una vez que el derecho a ser resarcido haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión»<sup>46</sup>. Este es, sin duda, uno de los elementos cruciales de la sentencia *Comisión/España*.

La construcción retrospectiva que lleva a cabo el Tribunal de Justicia en este punto, basada en una reinterpretación de la literalidad de un pasaje de *Francovich* en un contexto en el que las cuestiones jurídicas son otras, dista de ser obvia.

En primer lugar, la afirmación de que la jurisprudencia *siempre* examina la efectividad y equivalencia una vez haya nacido el derecho a la indemnización por haberse cumplido los requisitos materiales de *Brasserie* constituye una generalización abstracta de una jurisprudencia muy vasta de la que no se deduce necesaria y sistemáticamente esa apreciación.

En efecto, a diferencia del control general abstracto del sistema de responsabilidad del legislador que el Tribunal está llamado a desarrollar en el presente recurso por incumplimiento, la jurisprudencia en la materia es, en gran medida, de carácter prejudicial. La jurisprudencia sobre equivalencia y efectividad es casi exclusivamente prejudicial, y rara vez se evoca en el marco de un procedimiento por incumplimiento (Feilhès, 2022: 553). Las diferencias entre ambos procedimientos —prejudicial e incumplimiento— no pueden ignorarse, y, en particular, en las cuestiones prejudiciales, el Tribunal responde a una cuestión concreta sobre requisitos específicos que el Tribunal examina desde el punto de vista de la pregunta que le es presentada por parte de la jurisdicción nacional. Por esta razón, en muchas ocasiones el objeto de la cuestión prejudicial se focaliza en los límites a la autonomía procesal sin haber entrado antes en si se cumplen de manera sistemática o no los requisitos de *Brasserie*. El resultado es que la jurisprudencia prejudicial, si bien

<sup>45</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428, apdo. 43.

<sup>46</sup> Apdo. 184 de la sentencia *Comisión contra España*. Énfasis añadido.

siempre se refiere a dichos requisitos, rara vez puede constatar si se cumplen o no todos los requisitos de *Brasserie* —y por lo tanto confirmar si ha nacido el derecho a la indemnización— antes de pasar a examinar la compatibilidad de un elemento del sistema de responsabilidad nacional con los principios de equivalencia y la efectividad.

Lo que, es más, debido a la propia naturaleza del procedimiento prejudicial, los requisitos a los que se aplican los principios de equivalencia y efectividad son frecuentemente de tipo procesal y juegan en un momento previo al examen del fondo del asunto (y del completo cumplimiento de las condiciones de *Brasserie*) por la jurisdicción de reenvío. Piénsese por ejemplo en el asunto *DEB*<sup>47</sup>. En dicho asunto, concerniente a un procedimiento de responsabilidad del Estado legislador, el Tribunal fue invitado a pronunciarse sobre la compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad y con el art. 47 de la Carta de una legislación nacional relativa al acceso a la asistencia jurídica gratuita de las personas jurídicas que impedía a la empresa demandante poder acceder al recurso de responsabilidad. En modo alguno se requirió que hubiese ya nacido el derecho a indemnización sobre la base del Derecho de la Unión antes de que el Tribunal pudiese proceder al examen de un requisito como el mencionado. Lo mismo ocurre, lógicamente, con las normas reguladoras de plazos procesales<sup>48</sup>. Por esta razón, no se deriva de la jurisprudencia pronunciada hasta *Comisión/España* que los principios de equivalencia y efectividad limiten su ámbito de aplicación a situaciones en las que el derecho a indemnización «ya haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión»<sup>49</sup>. Esta formulación es desafortunada y puede llevar a equívocos sacada del contexto del examen abstracto propio del recurso de incumplimiento, al ser trasladada a la cuestión prejudicial.

Sin embargo, a pesar de la confusa formulación, lo que parece querer decir realmente el Tribunal es que los principios de equivalencia y efectividad —en tanto que límites al principio de autonomía procesal e institucional de los Estados miembros— no se aplican allí donde dicha autonomía haya

<sup>47</sup> Sentencia de 22 diciembre de 2010, *DEB*, C279/09, EU:C:2010:811.

<sup>48</sup> Pueden citarse a título de ejemplo las sentencias de 10 julio de 1997, *Palmisani*, C261/95; o de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, EU:C:2009:178.

<sup>49</sup> En efecto, aunque ese esquema se sigue en algunos asuntos en los que la cuestión prejudicial se refiere tanto a uno o varios de los requisitos de *Brasserie*, como a requisitos adicionales nacionales, ello no es siempre el caso cuando la cuestión prejudicial versa únicamente sobre un requisito nacional «añadido». Para un ejemplo de la primera constelación, sentencia de 25 noviembre de 2010, *Fuß*, C-429/09, EU:C:2010:717, o la sentencia de 4 de octubre de 2018, *Kantarev*, C-571/16, EU:C:2018:807.

quedado suplantada por los requisitos judicialmente armonizados expresados en *Brasserie*.

El punto fuerte de la argumentación de la sentencia *Comisión/España* puede encontrarse precisamente en *Brasserie*. El Tribunal enfatiza, haciendo alusión a esta sentencia, que su jurisprudencia puntualiza en múltiples ocasiones que los Estados miembros pueden aceptar ser declarados responsables sobre la base de requisitos menos restrictivos que los establecidos por su propia jurisprudencia, pero que, en ese caso, la responsabilidad en la que incurrir no es sobre la base del Derecho de la Unión, *sino del Derecho nacional*. Sin embargo, aunque se trata de una deducción lógica, la sentencia *Brasserie* no dice exactamente eso. En su célebre apdo. 66 de dicha sentencia, el Tribunal expresó que, si bien los famosos tres requisitos son suficientes y necesarios, ello no excluía que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pudiera incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos<sup>50</sup>.

En definitiva, de *Brasserie* y de la jurisprudencia posterior podemos deducir que: a) las condiciones enunciadas en dicha sentencia son suficientes y necesarias para que haya un derecho a indemnización fundamentado directamente en el Derecho de la Unión; b) que al margen de dichas condiciones «armonizadas», la reparación debe articularse a través del derecho nacional en materia de responsabilidad cumpliendo con las exigencias de la equivalencia y la efectividad; y que c) todo ello no excluye que en el marco del Derecho nacional, pueda reconocerse el derecho a la reparación en condiciones más favorables.

Sin embargo, *Brasserie* no determina en modo alguno, y ni siquiera aborda, la cuestión de si un régimen más favorable según el Derecho nacional se encuentra o no sometido a condición o exigencia alguna desde el punto de vista del Derecho de la Unión<sup>51</sup>. Este crucial elemento, establecido por el

<sup>50</sup> Esta aproximación queda apoyada también por el apdo. 67 de *Brasserie*, al que el TJUE no se refiere: allí, el TJUE señalaba que «*sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario cuando se cumplen los requisitos* (de *Brasserie*), el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado, *en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad*, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no podrán ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones semejantes de naturaleza interna...».

<sup>51</sup> De hecho, la jurisprudencia posterior, utilizaba este argumento para remarcar que: «si bien el Derecho de la Unión no excluye en absoluto la posibilidad de que el Estado pueda incurrir en responsabilidad por infringir este Derecho en virtud de requisitos menos restrictivos establecidos con arreglo al Derecho nacional, sí se opone, sin embargo, a que el Derecho nacional imponga requisitos adicionales a este respecto

Tribunal por primera vez en *Comisión/España*, se apoya, como veremos más adelante, en una tácita referencia analógica a la jurisprudencia reciente relativa al ámbito de aplicación de la Carta<sup>52</sup>.

El hecho de que la aproximación de la sentencia *Comisión/España* constituye un giro jurisprudencial y no una mera clarificación retrospectiva de la jurisprudencia se hace además patente a través de la consideración de la jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad del Estado. La conclusión a la que llega el Tribunal de que los principios de equivalencia y efectividad son aplicables únicamente una vez haya nacido el derecho a indemnización (tras la concurrencia de los requisitos de *Brasserie*), entra en abierta y directa contradicción con la sentencia *AW (llamadas al 112)*<sup>53</sup>, en la que el principio de equivalencia se aplicó a uno de los tres requisitos de *Brasserie*: al requisito de la causalidad directa. Según dicha sentencia

en el supuesto de que, de conformidad con el Derecho nacional de un Estado miembro, ..., una relación de causalidad indirecta se considere suficiente a efectos de general la responsabilidad del Estado, también debe considerarse suficiente, en virtud del principio de equivalencia, una relación de causalidad indirecta entre una vulneración del Derecho de la Unión... y el daño sufrido por los particulares para generar la responsabilidad de dicho Estado por dicha vulneración<sup>54</sup>.

La contradicción de la argumentación y parte dispositiva de la sentencia *Comisión/España* y la sentencia *AW* es clara y frontal (Iglesias Sánchez, 2022b): en *AW* el principio de equivalencia obliga a flexibilizar uno de los requisitos «armonizados» que según *Brasserie* son suficientes y necesarios para hacer nacer el Derecho a la indemnización. Si bien según la jurisprudencia del Tribunal, es necesario un vínculo de causalidad directa, *AW* nos dice que allí donde los Estados miembros dispongan de un régimen más favorable y contemplen también la posibilidad de estimar la causalidad indirecta, esta condición deberá ser también aplicable a los recursos indemnizatorios basados en el Derecho de la Unión. Sin embargo, *Comisión/España* no considera en modo alguno este asunto (que no es mencionado por el abogado general). Lo curioso es que, además, en la sentencia *AW*, adoptada por una sala de 5 jueces, se consideró que el asunto no planteaba ninguna cuestión nueva de derecho, ya que fue resuelta sin conclusiones del abogado general.

---

(sentencia de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, apdo. 66 y jurisprudencia citada).»

<sup>52</sup> Véase el punto c) del presente apartado.

<sup>53</sup> Sentencia de 5 de septiembre de 2019, *AW* y otros, C-417/18, EU:C:2019:671.

<sup>54</sup> Apdo. 40.

Lejos de clarificar esta importante contradicción con el precedente jurisprudencial más relevante (el único a mi conocimiento que haya aplicado el principio de equivalencia a una de las condiciones materiales «armonizadas»), el Tribunal de Justicia ofrece en *Comisión/España* un argumento adicional de cuya pertinencia puede dudarse.

El Tribunal evoca la fórmula jurisprudencial según la cual «con carácter general, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho»<sup>55</sup>.

La pertinencia de esta cita puede ponerse en cuestión. Tradicionalmente, con dicha fórmula, el Tribunal ha venido indicando que el requisito de la equivalencia no exige extender una determinada norma interna a todos los tipos de acciones, sino únicamente a aquellas consideradas comparables. En otras palabras «se trata de garantizar que la misma vía procesal sea utilizada para aquellas pretensiones que se consideren ilícitas por vulnerar el Derecho interno o el DUE» (González Alonso, 2016: 405). Esto viene corroborado por la jurisprudencia que acuñó dicha fórmula. Por ejemplo, en el asunto *Edis*, lo que precisamente se discutía era si el principio de equivalencia implicaba que el régimen de caducidad de acciones de repetición entre particulares debía extenderse al régimen de repetición de tributos indebidos<sup>56</sup>. Las sentencias *Levez*<sup>57</sup>, y *Transportes Urbanos* confirman esta interpretación.

<sup>55</sup> Apdo. 183. Refiriéndose al apdo. 34 de *Transportes Urbanos*.

<sup>56</sup> Sentencia de 15 de septiembre de 1998, *Edis*, C-231/96, apdo. 36. El Tribunal apuntaba que «el respeto del principio de equivalencia exige, por su parte, que el procedimiento controvertido se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho comunitario y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno, cuando se trata de un mismo tipo de tributos o exacciones [...]. En cambio, este principio no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender a todas las acciones de devolución de tributos o exacciones percibidos en contra de las disposiciones del Derecho comunitario su régimen de repetición interno más favorable».

<sup>57</sup> Dicho asunto, relativo a la no discriminación por razón de género en el marco de la remuneración, señalaba que en su apdo. 41 que «el respeto del principio de equivalencia exige que la norma controvertida se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho comunitario y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que *tengan un objeto y una causa semejantes*» (énfasis añadido). Continúa el Tribunal expresando en el apdo. 42 que «no obstante, este principio no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas las acciones entabladas, como en

Sin embargo, en *Comisión/España*, esta fórmula no se utiliza en modo alguno para determinar el marco de comparabilidad —en efecto, no se pone en duda (como por cierto, podría haberse hecho)<sup>58</sup> el marco de comparabilidad ya establecido por *Transportes Urbanos*—<sup>59</sup>. El Tribunal parece utilizar esta fórmula de modo distinto, para señalar que el principio de equivalencia no significa precisamente eso que quiere decir: que el régimen más favorable (para acciones comparables) ha de aplicarse también las pretensiones basadas Derecho de la Unión.

En definitiva, la limitación del ámbito de aplicación del principio de equivalencia se viste de obviedad, como algo que siempre ha estado ahí pero que no hemos sido lo suficientemente perspicaces de ver, pero sin embargo la parca argumentación del importante desarrollo que se incluye en la sentencia no solventa del todo la relación sistemática con *Francovich*, ni *Brasserie*, ni la contradicción con la reciente *AW*.

## 2. IMPLICACIONES PRÁCTICAS

La cuestión suscitada por la Comisión en su demanda, relativa al principio de equivalencia, no es baladí. Las tres condiciones de *Brasserie* van más allá de lo dispuesto en España para los recursos internos de semejante naturaleza (entendiendo por tales los recursos por responsabilidad del legislador por leyes declaradas inconstitucionales). Si bien el requisito de la *causalidad* pudiera considerarse implícito en nuestro régimen «interno» ello no es así con los otros dos requisitos tradicionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la violación de una norma que confiere derechos; y la violación suficientemente caracterizada. Ambos requisitos confieren un carácter marcadamente restrictivo a la jurisprudencia del Tribunal en materia de responsabilidad del

---

el asunto principal, en el ámbito del Derecho laboral.» Sentencia de 15 de septiembre de 1998, Levez, C-326/96, EU:C:1998:577.

<sup>58</sup> Se trataba en efecto del argumento fuerte de la representación del Reino de España. A este respecto, puede recordarse que el marco de comparabilidad establecido en la sentencia *Transportes Urbanos* había tomado en consideración las circunstancias particulares del caso, en las que había existido una sentencia del Tribunal de Justicia declarando la infracción del derecho de la Unión. Esta circunstancia aseguraba el paralelismo con los recursos por leyes declaradas inconstitucionales.

<sup>59</sup> Incluso el abogado general expresamente confirma dicha comparabilidad en los apdos. 114 a 116 de sus conclusiones.

Estado —siguiendo la estela de la responsabilidad de la propia Unión—, y ambos han sido objeto de críticas desde diversos flancos<sup>60</sup>.

Los problemas intrínsecos a la aplicación de los criterios de *Brasserie* en un sistema nacional que no los exige para los recursos nacionales ya venían planteándose por la doctrina. El argumento a favor de la exclusión de la aplicación de los principios de la efectividad y de la equivalencia se había fundamentado en que ambos principios, construidos como limitaciones a la autonomía *procesal* de los Estados miembros, deberían aplicarse únicamente en el ámbito procesal, y no en el material (Cobrerros Mendazona, 2015; González Alonso, 2016: 404). Al ser el requisito de la violación suficientemente caracterizada un criterio de carácter material, quedaría así excluida la aplicabilidad de ambos principios, si bien del tenor de la propia jurisprudencia parecía deducirse que, en el ámbito específico de la responsabilidad del Estado, el Tribunal había decidido aportar una protección adicional y extender estos principios a los requisitos de fondo (Cobrerros Mendazona, 2015).

El Tribunal de Justicia confirma ahora sin ambages la aplicabilidad del principio de equivalencia tanto a condiciones *de forma como de fondo*, siguiendo la fórmula de *Francovich* reiterada en la jurisprudencia posterior. En este particular aspecto, la posición del Tribunal ha de ser bienvenida: la distinción drástica entre fondo y forma hubiera situado al Tribunal ante la problemática labor de identificar en cada caso de qué tipo de requisito se trata, labor harto compleja máxime cuando los distintos Estados miembros adoptan en sus sistemas jurídicos domésticos clasificaciones que no tiene por qué ser siempre coincidentes. Las negativas consecuencias de una calificación del género por parte del Tribunal ya se han dejado sentir en el asunto *Taricco*<sup>61</sup>, en el que el Tribunal decidió que no era problemática instar a la inaplicación de normas nacionales relativas a la prescripción para cumplir con la primacía europea, al considerar dichas normas procesales y no materiales —a lo cual siguió una nueva prejudicial, esta vez del Tribunal Constitucional italiano, insistiendo en el carácter material de la prescripción en Derecho italiano—<sup>62</sup>. La aplicación de la equivalencia y la efectividad tanto a condiciones de forma como de fondo evita esta dicotomía a veces artificiosa y en cualquier caso peligrosa cuando la división entre tales condiciones hubiese de ser establecida

<sup>60</sup> Véase, e.g. las conclusiones del abogado general Léger en *Hedley Lomas*, C5/94, EU:C:1995:193, y las conclusiones del abogado general Tesauro en *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1995:407. Véase, para esta discusión, Ruiz Jarabo Colomer, 2010; Van den Bergh, 2010.

<sup>61</sup> Sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco* y otros, C-105/14, EU:C:2015:555.

<sup>62</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936.

por el propio Tribunal a los efectos de dilucidar la compatibilidad de dichas condiciones con el Derecho de la Unión (Iglesias Sánchez, 2022a). Así, desde la Sentencia *Comisión/España*, lo determinante no es pues el carácter formal o material de los requisitos, sino su carácter *européo o nacional*. Las condiciones «nacionales» «extra», ya fuesen estas de fondo o de forma, quedan sometidas al *test* de la equivalencia y de la efectividad. Las condiciones «europeas» (los requisitos de *Brasserie*), quedan fuera de dicho test: la equivalencia, y, por ende, la efectividad, no están destinadas a aplicarse en estos supuestos. Si hasta ahora hubiéramos pensado que las condiciones de *Brasserie* constituían una armonización mínima, el Tribunal parece considerar que se trata de una armonización exhaustiva que —en su específico ámbito— conlleva la negación de la existencia de una autonomía procesal que deba ser matizada por el principio de equivalencia.

Las consecuencias prácticas de esta operación son obvias.

Las críticas dirigidas esencialmente al carácter restrictivo, en particular, del requisito de la violación suficientemente caracterizada<sup>63</sup>, quedaban en cierto modo matizadas precisamente en atención al efecto de «vaso comunicante» que el principio de equivalencia podría desempeñar: a pesar de que el requisito de la violación suficientemente caracterizada es ciertamente restrictivo, el principio de equivalencia hacía presuponer que, allá donde un sistema jurídico nacional dispusiera de vías jurídicas más beneficiosas para los particulares (piénsese, por ejemplo, en sistemas que admiten en ciertas circunstancias la responsabilidad objetiva (Iglesias Sánchez, 2022a: 116), dicha normativa, o jurisprudencia, sería en todo caso también extensible a los «recursos semejantes» de naturaleza comunitaria gracias al principio de la equivalencia. Este potencial efecto corrector del efecto de equivalencia en relación con el carácter restrictivo de los requisitos de *Brasserie* queda completamente excluido de ahora en adelante tras la sentencia *Comisión/España*.

---

<sup>63</sup> La percepción ha sido tradicionalmente que el requisito de la norma que confiera derechos a los particulares no era tan restrictivo. Sin embargo, la jurisprudencia reciente da muestra del potencial limitador de dicho requisito. Véase la reciente sentencia de Gran Sala de 22 de diciembre de 2022, JP y Ministre de la Transition écologique (Responsabilidad del Estado por la contaminación del aire), C-61/21, EU:C:2022:1015, en la que el Tribunal ha dictaminado que distintas disposiciones de directivas en materia de medio ambiente, a pesar de contener obligaciones bastante claras y precisas en cuanto al resultado a garantizar por los Estados miembros, persiguen un objetivo general de protección del medio ambiente, pero no contienen atribución expresa de derechos a los particulares, por lo que no permiten cumplir con el requisito de la «norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares» (apdos. 54 a 57 de la sentencia). Para un temprano comentario sobre el asunto (van Eijken and Krommendijk, 2023).

Ello implica que la armonización *por la vía jurisprudencial* conlleva la limitación de la autonomía procesal, y, por ende, la inaplicación del principio de equivalencia y de efectividad. El problema es que el alcance de dicha armonización jurisprudencial no está en modo alguno claro. Tomemos como ejemplo la regla establecida por el Tribunal en su jurisprudencia relativa a la reparación completa del daño causado según la cual no cabe la exclusión del lucro cesante<sup>64</sup>. ¿Significa el establecimiento de este contenido mínimo que, si un Estado miembro dispone de un régimen nacional más favorable, previendo por ejemplo «*exemplary damages*», dicha solución no vendría impuesta por el Derecho de la Unión? Desde luego no parece ser esa la respuesta a la que llegaba el propio Tribunal en *Brasserie*, cuando declaraba que «no cabe excluir la concesión de una indemnización de daños y perjuicios de dicha clase en el marco de una reclamación o acción fundada en el Derecho comunitario cuando el derecho a la referida indemnización pueda ser reconocido en el marco de una reclamación o acción similar basada en el Derecho interno»<sup>65</sup>. En definitiva, no queda claro cuando los requisitos o desarrollos establecidos por la vía jurisprudencial implican un nivel de armonización tal que permita considerar que un determinado aspecto normativo se encuentra excluido del ámbito de la autonomía procesal de los Estados miembros —lo cual implica a su vez la inaplicación de los principios de equivalencia y efectividad—.

*Comisión/España* viene a decirnos que las tres condiciones de *Brasserie* constituyen una armonización exhaustiva. Pero paradójicamente, ello hace que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado —donde dicha armonización jurisprudencial marca una intervención por parte del Tribunal mucho más intensiva en la autonomía procesal que en otros aspectos procesales domésticos— la protección del propio Derecho de la Unión se convierte en mucho más débil que con respecto a otros ámbitos relativos a las vías de recurso nacionales puestas al servicio de la protección de los derechos otorgados por el Derecho de la Unión (Iglesias Sánchez, 2022b). En efecto, allí donde no hay norma alguna de carácter europeo (ya sea de tipo legislativo o jurisprudencial), el Tribunal de Justicia adoptará una aproximación holística a las normas nacionales que regulan los recursos, y aplicará los principios de la equivalencia y la efectividad a todos los aspectos reguladores de dichos

<sup>64</sup> Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apdo. 87. Véase, asimismo, sentencia de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros*, C-397/98 y C-410/98, EU:C:2001:134, apdos. 90 y 91.

<sup>65</sup> Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apdo. 89.

recursos, incluyendo la existencia misma de los mismos<sup>66</sup>. Por el contrario, como resultado de la sentencia que se comenta, en el ámbito de la responsabilidad del Estado, la equivalencia y la efectividad se aplicarán, de ahora en adelante, en un ámbito más reducido.

Podemos ilustrar estos resultados aludiendo a un ejemplo práctico. Imaginemos un individuo que pretende la obtención de una indemnización por parte de un Estado miembro por causa del daño que ha soportado debido a la infracción estatal de, por ejemplo, las directivas europeas en materia de contratación pública. La demanda es infructuosa debido a la aplicación por la jurisdicción nacional competente del requisito de la violación suficientemente cualificada. Y ello a pesar de que, en el derecho nacional, existe para acciones semejantes no cubiertas por los umbrales de las directivas comunitarias, un régimen más favorable que permite la indemnización por responsabilidad objetiva. Conforme a la jurisprudencia *Comisión/España*, este asunto está ahora fuera del ámbito del Derecho de la Unión. Sin embargo, si la misma persona deseara recurrir a otro cauce procesal, como por ejemplo instar la revisión de la decisión o sentencia incluso con fuerza de cosa juzgada, entonces se aplicarían los principios de efectividad y equivalencia con toda su fuerza, y la jurisdicción nacional se vería obligada a aplicar las soluciones más favorables, de existir estas para recursos nacionales de semejante naturaleza<sup>67</sup>.

### 3. EL RAZONAMIENTO SUBYACENTE: EL PELIGROSO PARALELISMO CON LA CARTA

Tanto el razonamiento como las consecuencias prácticas de *Comisión/España* se benefician de una indudable apariencia de coherencia lógica. No obstante, ahondando más en el fundamento sobre el cual parece sostenerse este planteamiento, emergen importantes interrogantes.

<sup>66</sup> Por ejemplo, en *Profi Credit Bulgaria*, el Tribunal estimó que una legislación nacional que conoce de una solicitud de requerimiento de pago no está autorizado a proceder a una compensación de oficio de los pagos efectuados y el saldo adeudado, no es contraria a la Directiva 93/13; pero debería no obstante cumplir con el principio de equivalencia. Sentencia de 30 de junio de 2022, *Profi Credit Bulgaria*, C-170/21, EU:C:2022:518.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, apdo. 62, según la cual, si las normas procesales nacionales implican la posibilidad de reconsiderar una resolución con fuerza de cosa juzgada para restablecer la conformidad con el Derecho nacional, esta posibilidad debe aplicarse, de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, también para que se restablezca la conformidad con el Derecho de la Unión.

En efecto, la base argumental, que parece a todas luces subyacer de forma tácita al razonamiento de la sentencia en relación con el principio de equivalencia, evoca un claro paralelismo con la aproximación jurisprudencial al ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

En primer lugar, en el famoso apdo. 178 de la sentencia, el Tribunal señala que el principio de equivalencia únicamente encuadra la autonomía procesal de los Estados miembros cuando estos «aplican el Derecho de la Unión». Se trata de una referencia casi literal al texto del art. 51, apdo. 1, de la Carta, según el cual las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»<sup>68</sup>. Esta es la primera vez, a mi conocimiento, que el Tribunal ha utilizado esta fórmula para enmarcar el ámbito de aplicación del principio de equivalencia (o del de efectividad).

En segundo lugar, al referirse a que el principio de equivalencia solo está destinado a aplicarse cuando la responsabilidad se contrae «sobre la base del Derecho de la Unión», el Tribunal parece aplicar también fielmente su reciente jurisprudencia también relativa a la Carta, según la cual, cuando los Estados miembros vayan más allá de lo previsto por una directiva para aplicar disposiciones nacionales más favorables, se sitúan fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por lo tanto, de la Carta. Esta jurisprudencia quedó sentada en la sentencia *TSN y AKT*<sup>69</sup>. Allí se dilucidaba si, una situación en la que un Estado miembro contempla vacaciones de una duración superior a las cuatro semanas establecidas como vacaciones anuales mínimas por el art. 7, apdo. 1, de la Directiva 2003/88, pero impidiendo que dichos pudiesen ser aplazados por enfermedad, podía ser objeto de protección del art. 31, apdo. 2, de la Carta (que protege el derecho fundamental a las vacaciones pagadas). El Tribunal, tras enfatizar la naturaleza compartida de la competencia de la Unión en materia de política social<sup>70</sup>, y el hecho de que la base jurídica de la Directiva prevé la adopción de «disposiciones mínimas»<sup>71</sup>, concluyó que los derechos a vacaciones anuales que exceden del periodo mínimo establecido por la Directiva no se rigen por la misma ni entran en su ámbito de aplicación<sup>72</sup>, y, en consecuencia, la normativa nacional se sitúa al margen del ámbito de

<sup>68</sup> El paralelismo se mantiene en la versión francesa de la sentencia, que se refiere a los Estados miembros «*lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union*».

<sup>69</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *TSN y AKT*, C-609/17 y C-610/17, EU:C:2019:981.

<sup>70</sup> Apdo. 47 *TSN y AKT*.

<sup>71</sup> Apdo. 49 *ibid.*

<sup>72</sup> Apdo. 52 *ibid.*

aplicación de la Carta<sup>73</sup>. Siguiendo este esquema mental, en *Comisión/España* el Tribunal concluye que el principio de responsabilidad del Estado «no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho a indemnización conforme a requisitos *más favorables* que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»<sup>74</sup>.

La sentencia *Comisión/España* muestra así una tendencia a la armonización del ámbito de aplicación de la equivalencia y de la efectividad con los derechos de la Carta. Ciertamente, ello no puede llevar al asombro y confirma que dichos principios no son más que atajos conceptuales en el ámbito de la autonomía procesal de principios más amplios, tales como son la igualdad o la tutela judicial efectiva. En definitiva, el principio de equivalencia «implica que se dé el mismo trato a los recursos basados en una infracción del Derecho nacional y a aquellos, similares, basados en una infracción del Derecho de la Unión»<sup>75</sup>.

Es, sin embargo, recurriendo a la innegable filiación conceptual de los principios de equivalencia y efectividad con la igualdad y la tutela judicial efectiva donde surge una preocupante incertidumbre: ¿hubiera tenido este asunto el mismo resultado si la Comisión hubiera planteado su argumento desde el punto de vista del principio de igualdad del art. 20 de la Carta en lugar del principio de equivalencia?

Al modo de ver de quién escribe estas líneas, poca duda cabe de que la norma nacional —una norma que introduce por primera vez en un ordenamiento nacional una disposición encaminada a ofrecer el cauce indemnizatorio por violaciones del legislador del Derecho de la UE— debe quedar amparada por el ámbito de aplicación de la Carta. Y ello es así porque, antes incluso de cumplirse los requisitos de la responsabilidad del Estado, la situación se encuentra cubierta por el Derecho de la Unión: lo que se pretende a través del recurso indemnizatorio es la reparación de la infracción por parte del Estado de los derechos que el Derecho de la Unión otorga a los particulares. Esta conclusión viene rotundamente confirmada por el asunto *DEB*, antes mencionado —uno de los primeros en los que se discutía en sede jurisdiccional el ámbito de aplicación de la Carta. Allí el Tribunal no dudó en confirmar la aplicación de la Carta a la normativa nacional relativa al acceso a la justicia jurídica gratuita de las personas jurídicas. Este extremo, no regulado ni armonizado en modo alguno por el Derecho de la Unión, caía de lleno en el ámbito de aplicación de la Carta porque el asunto principal era una acción

<sup>73</sup> Apdo. 53 *ibid.*

<sup>74</sup> Apdo. 179. Énfasis añadido.

<sup>75</sup> Sentencia de 6 de octubre de 2015, C-69/14, Târşia, EU:C:2015:662, apdo. 34.

de responsabilidad contra el Estado mediante la cual se pretendía reparación por los perjuicios causados por la falta de transposición de una directiva. El vínculo entre la violación del Derecho de la Unión y las vías de recurso jurisdiccional hacía que estas últimas entrasen de lleno en el ámbito de aplicación de la Carta.

Esta aproximación queda, más aún, reafirmada, por el propio tenor literal del art. 47 de la Carta, según el cual «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo». Es decir, que cuando entablamos un procedimiento porque estimamos que ha ocurrido una violación de los derechos que el Derecho de la Unión nos otorga, el art. 47 de la Carta es indudablemente aplicable. Así, desde un punto de vista ajustado a la Carta, podría concluirse que toda persona que alegue la violación de sus derechos otorgados por el Derecho de la Unión —como es paradigmáticamente el caso de aquellos que entablan la vía indemnizatoria por daños que una infracción del Derecho de la Unión por parte del Estado les ha producido— entran en el ámbito de aplicación de esta, y en particular, de su art. 47 y, por ende, de su art. 20<sup>76</sup>.

La sentencia *Comisión/España* es problemática desde este punto de vista. Es cierto que dicha sentencia no menciona en modo alguno la Carta ni su ámbito de aplicación, y que el pronunciamiento jurisprudencial se limita exclusivamente al principio de equivalencia. No obstante, es imposible no sacar conclusiones preocupantes sobre la potencial posición que el Tribunal de Justicia podría tomar con respecto a la aplicación de la propia Carta, precisamente dado el paralelismo argumentativo que se vislumbra claramente en la sentencia.

En efecto, el Tribunal podría fácilmente haber desestimado el motivo de incumplimiento basado en el principio de la equivalencia señalando que el marco de la autonomía procesal y de la equivalencia y la efectividad no era el adecuado para examinar el problema de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de condiciones más favorables que las estipuladas *Brasserie*, simplemente porque en el marco de esas condiciones la autonomía procesal ya no es tal, ya que dichas condiciones suponen una armonización de los requisitos materiales para acceder al derecho a indemnización. Un razonamiento de este tipo, basado en el ámbito de aplicación más específico del principio de

---

<sup>76</sup> No hay lugar a dudas de que una vez que la Carta es aplicable (o un principio general), el ámbito de aplicación de otras disposiciones de la Carta queda también activado. Véase, por ejemplo, la sentencia de Gran Sala de 16 de mayo de 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373.

equivalencia —en tanto que límite vinculado a su vez a la preexistencia de un grado de autonomía procesal— hubiera permitido circunscribir el significado del fallo en *Comisión/España*. Si bien discutible en lo que respecta al carácter absoluto de la armonización en materia de responsabilidad del Estado, tal razonamiento hubiera al menos dejado abierta la vía de un potencial examen de la misma situación tomando la Carta como parámetro de control.

Sin embargo, la vía argumentativa seguida por el Tribunal es mucho más tajante: el Tribunal afirma, de forma general, que cuando los Estados contemplan un régimen de indemnización por infracción del Derecho de la UE bajo condiciones más favorables que las de *Brasserie*, no están aplicando el Derecho de la Unión. El gran riesgo que implica la generalidad de esta afirmación es que es perfectamente trasplantable a la aplicación del *test* del art. 51, apdo. 1, de la Carta. Si el examen de la aplicación de las «condiciones de *Brasserie*» exclusivamente a litigios relativos al Derecho de la Unión se examinase desde la perspectiva del art. 20 de la Carta, el razonamiento de *Comisión/España* sería muy fácilmente exportable.

A diferencia de *DEB*, el Tribunal parece implicar ahora que, para situarnos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no es únicamente necesario haber sufrido una violación de los derechos que este nos otorga, sino que, además, el derecho a indemnización tiene que ya «haber nacido» con la concurrencia de los requisitos de *Brasserie*. Esta doble condición cumulativa —que se impugne la infracción del Derecho de la Unión, y que además se cumplan los requisitos de *Brasserie*— hace de la responsabilidad del Estado un ámbito en el cual el Tribunal parece haber querido dar marcha atrás para convertir la protección del Derecho de la Unión en mucho más estricta y circunscrita que en otros ámbitos relativos a las vías procesales nacionales puestas al servicio dicho Derecho.

Este desarrollo es particularmente desafortunado cuando se toma en consideración la perspectiva más amplia de la incardinación entre los principios de equivalencia y efectividad y la Carta. El debate se ha producido, sobre todo, en relación con los principios de efectividad y con la tutela judicial efectiva<sup>77</sup>, y la jurisprudencia aun no ofrece un marco estable para entender la diferencia de contenido y función —si es que existe— y de ámbito de aplicación. El presente asunto hace más urgente si cabe la necesidad de clarificación en dicho frente, esta vez, en relación con la interacción y «reparto de tareas» entre los principios de equivalencia e igualdad.

---

<sup>77</sup> Sobre este debate puede verse, a título de ejemplo, S. Prechal y Widdershoven, 2011; Coutron, 2018; Bonelli 2019; Östlund 2022.

Adicionalmente, la sentencia *Comisión/España* añade un elemento más de incertidumbre en relación con la posición del Tribunal de Justicia frente a las situaciones en las que los Estados miembros prevén disposiciones «más favorables». La aplicación en el contexto que nos ocupa de la doctrina que emana de *TSN* y *AKT* sobre la inaplicabilidad de la Carta en relación con la normativa nacional más favorable puede ser objeto de amplias discusiones. En particular, porque la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial requiere un análisis sobre la naturaleza del acto nacional y su incardinación en el marco reglado europeo, así como la naturaleza y nivel de intensidad de la competencia de la Unión. En todo caso, la jurisprudencia más reciente —el asunto *Department for Communities in Northern Ireland*— arroja serias dudas sobre la aplicabilidad general de la doctrina *TSN* y *AKT*, o cuanto menos, invita a reflexionar sobre los importantes límites de dicha jurisprudencia. En efecto en *Department for Communities in Northern Ireland*, el Tribunal de Justicia decidió aplicar la Carta a la situación de un ciudadano de la Unión que no cumplía los requisitos de la Directiva 2004/38<sup>78</sup> pero que había recibido un permiso de residencia gracias a la aplicación de un régimen nacional más favorable<sup>79</sup>. El Tribunal reconduce en dicho asunto al art. 21, apdo. 1 TFUE, recurriendo directamente al derecho primario para engarzar el trato más favorable como una aplicación del Derecho de la Unión. Dejando a un lado los interrogantes que plantea dicha sentencia<sup>80</sup>, este desarrollo puede ofrecer en el caso que nos ocupa una importante vía para diferenciar el restringido ámbito de aplicación del principio de equivalencia del ámbito de aplicación de la Carta: el Tribunal parece reconocer que hay un tipo de situaciones en las que la protección de la Carta está llamada a aplicarse por su propia naturaleza «europea», como es el caso de los ciudadanos de la Unión —residiendo, bajo el título que fuere, en otro Estado miembro—. En el caso que nos ocupa, la misma lógica se aplica sin ambages: en una situación en la que lo que se pretende es la reparación del perjuicio causado por la infracción del Derecho de la Unión, poca duda puede haber de que nos hallamos en el ámbito de aplicación de la Carta.

<sup>78</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO 2004, L 158, p. 77; corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35).

<sup>79</sup> Sentencia de 15 de julio de 2021, CG y The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, apdos. 85 y ss.

<sup>80</sup> Entre otras cosas, la sentencia es difícilmente conciliable con la posición de la Gran Sala en la sentencia de 11 de noviembre de 2014, Dano, EU:C:2014:2358. Sobre esta discusión (Wollenschläger, 2022).

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EQUIVALENCIA, EFECTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - UN MODELO AGOTADO

Simplificando en lenguaje y conceptos, en *Comisión/España* el Tribunal viene a establecer que los principios de equivalencia y efectividad, que operan como limitaciones al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, no encuentran aplicación allá donde dicha autonomía no existe. En el caso de la responsabilidad del Estado, el Tribunal parece confirmar que las condiciones de *Brasserie* —en la jerga del Tribunal calificadas como *suficientes y necesarias*—, son también condiciones *máximas* desde el punto de vista del Derecho de la Unión, llevando a una suerte de armonización exhaustiva. Desde este punto de vista, parece no haber lugar para control alguno en el ámbito de las famosas tres condiciones, en relación con los principios de equivalencia y efectividad: elementos esenciales en la construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad mismo, el Tribunal los torna inmunes (en gran parte) a su propio control jurisdiccional.

La negación de la aplicación del principio de equivalencia implica que la responsabilidad del Estado queda configurada como una isla procesal, petrificada en los requisitos de *Brasserie*, y aislada de las posibles evoluciones de los sistemas jurídicos nacionales. La responsabilidad del Estado pasa así de ser la vía de recurso estrella a ser el hermanastro pobre en el universo de la incisiva jurisprudencia que garantiza la tutela judicial efectiva a través de la equivalencia y la efectividad. En efecto, los Estados tienen ahora completa libertad de no extender a los recursos basados en el Derecho de la Unión todos sus desarrollos beneficiosos que se aparten de los restrictivos criterios de la violación suficientemente caracterizada y de la norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares. Así, paradójicamente, los principios de equivalencia y efectividad tienen un ámbito de aplicación más amplio y unos efectos más incisivos allí donde la autonomía procesal de los Estados miembros debería ser más amplia ante la inexistencia de armonización (jurisprudencial) alguna.

El mensaje en *Comisión/España* es articulado además de una forma confusa y de implicaciones inciertas. La redefinición del ámbito de aplicación del principio de equivalencia (que evidentemente afecta al del principio de efectividad) se realiza a través de un viraje metodológico que tiende a armonizar el discurso jurisprudencial con la interpretación del ámbito de aplicación de la Carta, pero llegando a unos resultados mucho más restrictivos de los que potencialmente hubiera arrojado la propia Carta. El principal riesgo que presenta esta sentencia es que la interpretación del ámbito de aplicación del principio de equivalencia establecida en este asunto se traslade a la aplicación de la Carta en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

En este contexto, el futuro papel de la Carta es esencial. En todo caso, si los efectos de la armonización jurisprudencial de las condiciones de *Brasserie* son tales que llevan a excluir la aplicabilidad de la equivalencia (y, por ende, de su prerequisite existencial —la autonomía procesal) quizás ha llegado el momento de reabrir la vieja cuestión, ya planteada por el abogado general Mischo en *Francovich*, de una verdadera armonización legislativa a nivel de la Unión que permita una auténtica reflexión de conjunto y el diseño de un sistema coherente.

Sea como fuere, *Comisión/España* merece el crédito de intentar aportar coherencia al abarrotado campo de la tutela judicial efectiva. Además, pone cierto orden en el escenario jurídico español, al menos, en lo que se refiere a las infracciones del principio de efectividad. Sin embargo, las repercusiones de este pronunciamiento pueden ser bastante amplias y la sentencia deja abiertas más cuestiones de las que resuelve. Subyace en este caso la cuestión crucial de la verdadera naturaleza jurídica de la eficacia y la equivalencia, así como su relación con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva. Este caso, una vez más, arroja dudas sobre el estatuto de la eficacia y la equivalencia como auténticos principios generales independientes y sobre si su ámbito de aplicación debe determinarse siguiendo las mismas reglas que la Carta.

## Bibliografía

- Alonso García, M. C. y Martín Delgado, I. (2020). *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*. Madrid: Iustel.
- Alonso García, R. (1997). *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*. Madrid: Civitas.
- (2009). La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: A propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (C-118/08). *Cuadernos de Derecho Local*, 19, 175-187.
- Baquero Cruz, J. (2010). *Francovich and imperfect law*. En M. Poiares Maduro y L. Azoulay. *The past and future of European Union law. The classics of European Union law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty* (pp. 418-422). Oxford: Hart Publishing.
- Bonelli, M. (2019). Effective judicial protection in European Union law: an evolving principle of a constitutional nature. *Review of European Administrative Law*, 12 (2), 35-62. Disponible en: <https://doi.org/10.7590/187479819X15840066091240>.
- Cobrerros Mendazona, E. (2015). La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*, 196, 11-59. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.103.2015.05>.

- (2022). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia. *Revista de Administración Pública*, 219, 21-58.
- Coutron, L. (2018). Autonomie procédurale et/ou art. 47 de la Charte: quel(s) fondement(s) pour le droit au juge? *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2, 363-368.
- Doménech Pascual, G. (2022a). Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. *InDret*, 4, 168-228. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i4.06>.
- Doménech Pascual, G. (2022b). On the principles of effectiveness and equivalence in state liability actions for breaches of European Union law (C-278/00). *Review of European Administrative Law*, 4, 45-57. Disponible en: <https://doi.org/10.7590/187479822X16744783124960>.
- Feilhés, L. (2022). Responsabilité de l'État et autonomie procédurale: les nouvelles imprécisions sur les principes d'équivalence et d'effectivité. *Revue des Affaires Européennes*, 3, 551-570.
- Fernández Farreres, G. (2022). Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de la configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 28 de junio de 2022 (As. C-278/20). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221, 21-50.
- García de Enterría, E. (2005). Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional. *Revista de Administración Pública*, 166, 99-147.
- González Alonso A. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el derecho europeo o la constitución: un análisis comparativo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 381-429. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.106.10>.
- Guichot Reina, E. (2016). La responsabilidad del estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, 49-101.
- (2022). La Regulación Legal de la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión tras su enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, 84, 9-57.
- Ibáñez García, I. (2021). *El régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 40/2015 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (recurso por incumplimiento C-278/20)*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional.
- Iglesias Sánchez, S. (2022a). *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un «sistema completo de vías de recurso»? Cizur Menor: Aranzadi*.
- (2022b). The narrow scope of equivalence and effectiveness in State liability actions: what if I told you that they are not real principles (Commission vs. Spain, C-278/20). *European Union Law Live* [blog], 20-06-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3JjkFu>.
- Iranzo Cerezo, J. D. (2020). La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 201-226.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2010). Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL vs. Administración del Estado. Sentencia del Tribunal de

- Justicia (Gran Sala) de 26 de enero de 2010. *Common Market Law Review*, 47 (6), 1847-1860. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2010076>.
- Östlund, A. (2022). Effective judicial protection: to what effect and to whose service? *European Law Review*, 2, 175-199.
- Plasencia Sánchez F. y de Pedro Marín, L. (2019). Sobre los límites a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador introducidos por las Leyes 39 y 40 de 2015: situación actual y expectativas de futuro a la luz del dictamen de la Comisión Europea sobre la infracción de los principios de efectividad y equivalencia. *Anuario de Derecho Administrativo*, 641-664.
- Plaza Martín, C. (2012). 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 Unión Europea de 10 de enero de 2010 y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010. En E. García de Enterría y R. Alonso García (coord.). *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (pp. 3509-3548). Madrid: Civitas.
- Prechal, S. and Widdershoven, R. (2011). Redefining the relationship between «Rewe - effectiveness» and effective judicial protection in European Union law. *European Public Law*, 36, 51-70.
- Rodríguez Iglesias, G. C. (2006). La responsabilité de la Communauté et des États membres comme élément d'une structure administrative conforme aux exigences de l'État de Droit. En J. Iliopoulos-Srangas et H. Bauer (eds.). *Die neue Europäische Union - the new European Union - La nouvelle Union Européenne* (pp. 237-254). Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2022). El vigésimo intento. La declaración del incumplimiento de España por su regulación de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 28 de Junio de 2022. *Revista Española de Derecho Europeo*, 84, 125-148.
- Ruiz-Jarabo Colomer, D. (2010). Once upon a time - Francovich: from fairy tale to cruel reality? In M. Poiares Maduro and L. Azoulai. *The past and future of European Union law. The classics of European Union law revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (pp. 405-412). Oxford: Hart Publishing.
- Tash, A. P. (1993). Remedies for european community law claims in member state courts: towards a european standard. *Columbia Journal of Translational Law*, 1 (31), 377.
- Van den Bergh, R. (2010). Francovich and its aftermath: member state liability for breaches of european law from an economic perspective. En M. Poiares Maduro and L. Azoulai. *The past and future of European Union law. The classics of European Union law revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (pp. 423-430). Oxford: Hart Publishing.
- Van Eijken, H. y Krommendijk, J. (2023). Does the Court of Justice clear the air: a Schutznorm in state liability after all? JP vs. Ministre de la Transition Écologique. *European Union Law Live* [blog], 10-01-2023. Disponible en: <https://bit.ly/3ZMH6yP>.
- Wollenschläger, F. (2022). An European Union fundamental right to social assistance in the host member State? The Court of Justice of the European Union ambivalent approach to the free movement of economically inactive union citizens post dano. *European Journal of Migration and Law*, 24 (1), 151-169. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/15718166-12340122>.