

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR
POR VULNERAR EL DERECHO EUROPEO O LA
CONSTITUCIÓN: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

Financial Liability of the State *qua legislator* on Account
of Violations of European Union Law or the Constitution:
A Comparative Analysis

ALICIA GONZÁLEZ ALONSO
Universidad Autónoma de Madrid

Revista Española de Derecho Constitucional
ISSN-L 0211-5743, núm. 106, Madrid, enero/abril (2016), pp. 381-429
<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.10>

Cómo citar/Citation

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.

doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.10>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES: 1. El inicio de la doctrina: el caso de las empresas de juego. 2. Las piezas a partir de las cuales se afirma la responsabilidad del Estado Legislador por leyes inconstitucionales: la jurisprudencia del TS: 2.1. *La inconstitucionalidad de la ley: actuación anti-jurídica que lleva aparejada la obligación de indemnizar.* 2.2. *Acción de responsabilidad patrimonial versus acción de impugnación de los actos aplicativos dictados al amparo de la ley declarada inconstitucional.* 2.3. *La activación de la acción de responsabilidad del Estado legislador por emitir leyes inconstitucionales depende del Tribunal Constitucional.* 3. ¿Funciona el binomio inconstitucionalidad-indemnización? III. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS POR ACTOS ILÍCITOS: 1. El régimen de responsabilidad extracontractual de las Instituciones Comunitarias: su reconocimiento explícito y la consolidación de un régimen restringido. 2. Evolución del régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros. 3. Un régimen de responsabilidad extracontractual (aparentemente unitario) para los Estados Miembros y las Instituciones Comunitarias. IV. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MÁS FAVORABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA. V. LA VACILANTE JURISPRUDENCIA DEL TS A PROPÓSITO DE LA SIMILITUD DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. VI. ¿SON COMPARABLES LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN QUE POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO EUROPEO? VII. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DISEÑADO POR EL TS ES MENOS FAVORABLE, GLOBALMENTE CONSIDERADO, QUE EL QUE PREVISTO POR EL TJUE: 1. En atención a normas infringidas. 2. En atención a la declaración de incumplimiento/incompatibilidad del Derecho infringido. 3. En atención a las causas que pueden excluir la activación de la responsabilidad patrimonial del Estado. VIII. LA APUESTA POR LA TESIS INDEMNIZATORIA: UN FLACO FAVOR AL DERECHO DE LA UNIÓN. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ha introducido modificaciones en el discutido y cuestionado régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del estado legislador por vulneración de la Constitución y por incumplimiento del Derecho de la

Unión Europea (en adelante, por lo general DUE). Como es de sobra sabido, los lineamientos fundamentales por los que se han venido rigiendo ambas cuestiones son de creación jurisprudencial, habiendo tenido un papel relevante en la configuración de los mismos el Tribunal Supremo (en adelante, TS) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, por lo general, TJUE), tanto de forma unilateral, como a través de la utilización de instrumentos que favorecen el llamado diálogo entre Tribunales.

Aunque la nueva regulación plantea varios problemas, son dos los que van a centrar la atención de este trabajo. El primero es que, a diferencia de lo sostenido hasta ahora por el TS, el legislador condiciona el derecho a obtener una indemnización por daños derivados tanto de la aplicación de una ley inconstitucional como de una norma contraria al DUE a que se inste la tutela judicial contra sus actos aplicativos y a que se invoque en el proceso judicial su contrariedad, según el caso, a la Constitución o al Derecho de la Unión (art. 32.4 y 32.5 LRJSP)¹. Adelanto ya que esta nueva regulación, en este punto concreto, debe considerarse acertada. El segundo es que el legislador ha establecido diferencias en el régimen jurídico aplicable a los supuestos de responsabilidad del legislador por vulneración de la Constitución y del DUE ya que, solo para este último supuesto exige dos requisitos adicionales (art. 32.5): *a)* «que la norma jurídica tenga por objeto conferir derechos a los particulares»; *b)* que «la violación esté suficientemente caracterizada»². Como han señalado ya algunos autores y el propio TS³, este tratamiento diferenciado entre ambos regímenes de responsabilidad puede plantear problemas a luz del principio de equivalencia y de la aplicación del régimen sustantivo más favorable si partimos de la base de que ambas acciones de responsabilidad son similares.

¹ Del tenor literal de las disposiciones legales, se puede concluir que no es necesario para que nazca el derecho a la indemnización que el recurrente agote todos los recursos o acciones contra la primera sentencia confirmatoria de la actuación administrativa recurrida.

² Aunque el art. 32.5.c) hace referencia además a la existencia de una relación de causalidad directa entre el daño sufrido y el incumplimiento de la obligación exigible a la Administración incumplidora, este requisito también resulta exigible al supuesto de la responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales.

³ *Vid.* en este sentido Rodríguez de Santiago (2015). En sede judicial, aunque antes de aprobarse la LRJSP, también se ha analizado si el requisito de la concurrencia de una infracción del Derecho suficientemente caracterizada puede exigirse a los casos en los que se pretende obtener una indemnización por responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento de DUE y, sin embargo, no exigirse en los casos en los que el legislador vulnera la Constitución. *Vid.* en este sentido la STS de 22 de septiembre de 2014 (rec. núm 390/2012).

A pesar que los problemas jurídicos que globalmente considerados presenta este asunto son de la máxima importancia, el presente comentario tiene una finalidad muy modesta: por un lado, comparar el diferente alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia del incumplimiento del DUE y de la Constitución y apuntar algunas razones que impiden contemplar ambas situaciones en un régimen de equivalencia. Es más creo que se puede justificar que el régimen de responsabilidad del Estado legislador frente a leyes inconstitucionales no puede extenderse a las leyes anticomunitarias, entre otras cosas, porque no puede afirmarse que aquel, tal y como se está aplicando en la práctica, sea en términos generales más beneficioso que el del TJUE. Por otro lado, abundar en las razones que hacen plausible la nueva regulación legal en cuanto condiciona el derecho a indemnización a que se hayan impugnado previamente los actos aplicativos de la ley inconstitucional o contraria al DUE.

El esquema argumental que voy a desarrollar comienza con el estudio de las condiciones para que se dé la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales. Tras extraer algunas consecuencias, me centraré en el estudio de la responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros. Finalmente, expondré las razones que creo hacen inviable equiparar ambos sistemas de responsabilidad. Por último, pondré de manifiesto algunas razones que, en mi opinión, hacen plausible la nueva regulación referida a la necesidad de impugnar los actos aplicativos de la ley anticomunitaria o contraria a la CE para poder instar la acción de responsabilidad patrimonial del legislador.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES

1. EL INICIO DE LA DOCTRINA: EL CASO DE LAS EMPRESAS DE JUEGO

La primera norma con rango de ley declarada inconstitucional que dio lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador fue el art. 38. Dos.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que creó un gravamen complementario sobre la Tasa Fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar. Dicho gravamen venía a incrementar, en la mitad del ejercicio tributario, la cuota de la tasa en más de un 200 por ciento, esto es, se trataba de una norma de aplicación retroactiva de grado medio. No era la primera vez que el legislador, en mitad del ejercicio tributario, establecía un gravamen sobre este tributo. En 1983 se creó un gravamen sobre la misma tasa que, también con carácter retroactivo, elevó su cuantía en más de un 300 por ciento, lo que dio lugar al planteamiento de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad que fueron

desestimadas por la STC 126/1987⁴. En 1990, cuando se establece de nuevo un gravamen complementario, fueron pocos los órganos judiciales que decidieron plantear cuestión de inconstitucionalidad, seguramente, debido a que el TC había declarado la constitucionalidad del gravamen creado por en 1983. Sin embargo, en contra de los pronósticos de la mayoría de los TSJ, el TC declaró inconstitucional el gravamen para el ejercicio 1990⁵. La apreciación de la inconstitucionalidad por el TC no se debió a un giro de la doctrina sentada en la STC 126/1987 —que declaró constitucional del gravamen complementario establecido por la Ley de 1983—, sino más bien, todo lo contrario: vino a consolidar la doctrina ya iniciada en la referida sentencia a propósito de la constitucionalidad de las leyes tributarias de carácter retroactivo en la medida en que podían afectar a la seguridad jurídica.

Naturalmente los TSJ de las distintas CC. AA. que no plantearon cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley de 1990, no entendieron la jurisprudencia constitucional sentada en la STC 126/1987. Desconociendo su *ratio decidendi*, concluyeron que la implementación de un gravamen ya se había considerado conforme a la Constitución en una ocasión, por lo que el asunto estaba claro desde la perspectiva constitucional: el gravamen del año 1990, al igual que el 1983, debía considerarse conforme a la CE. Sin embargo, los gravámenes de 1983 y 1990 no tenían casi nada en común⁶. Por ello, algu-

⁴ La ley fue cuestionada en 94 ocasiones y por un gran número de TSJ.

⁵ El gravamen de 1990 fue cuestionado en 4 ocasiones: 3 cuestiones de inconstitucionalidad fueron planteadas por el TSJ de Cataluña y una por el TSJ de Madrid.

⁶ El gravamen establecido en 1983 se consideró no contrario al principio de seguridad jurídica con base en tres tipos de argumentos: el tipo de retroactividad que fue de grado medio y no de grado máximo, el carácter previsible del cambio normativo y que la finalidad de la medida, además de adecuada, estaba justificada. Sin embargo, en el año 1990 las circunstancias en las que se crea el gravamen son radicalmente distintas. La única semejanza con el gravamen impuesto en el año 1983 es que en ambos casos se trata de medidas tributarias de carácter retroactivo de grado medio. Sin embargo, el gravamen de 1990 no se consideró por el TC ni previsible, ni adecuado, ni justificado. Respecto a la previsibilidad, el TC verificó que la Tasa Fiscal sobre el Juego se había incrementado al inicio del ejercicio tributario por lo que no era previsible una nueva subida en mitad de ese mismo ejercicio. La finalidad aducida por el legislador fue la lucha contra la ludopatía. Aunque efectivamente podría ser legítima la previsión de un gravamen para la consecución de fines extrafiscales, estrechamente conectados en este caso con el mandato de protección de la salud del art. 43 CE, no se juzgó constitucional porque no se consideró una medida adecuada para la consecución del objetivo propuesto. El establecimiento de un tributo de forma retroactiva no es un mecanismo adecuado para modificar comportamientos que ya se han producido.

nos autores hayan resaltado que, en aquella ocasión, la responsabilidad, más que del Estado-legislador, fue del Estado-juez⁷.

El tiempo transcurrido desde la aprobación de la ley creadora del gravamen hasta la sentencia declaratoria de su inconstitucionalidad, tuvo como consecuencia que una gran parte de los obligados por la ley que iniciaron las acciones correspondientes para obtener la devolución de lo ingresado no llegaran a tiempo a la declaración de inconstitucionalidad, de tal manera que cuando se publicó la STC 173/1996 una parte importante de los que se opusieron a la aplicación de la ley ya habían obtenido sentencias firmes. Otros habían recurrido las resoluciones de los distintos TSJ, bien en casación ante el TS, bien en amparo ante el TC. Lógicamente, también hubo quienes se quietaron a los actos aplicativos de la Ley.

Aquellos que tenían impugnadas las sentencias desestimatorias emanadas de los TSJ una vez publicada la STC 173/1996, bien en casación bien en amparo, tampoco vieron estimadas sus pretensiones. El TC desestimó los recursos de amparo con base principalmente en tres argumentos que están recogidos en la STC 159/1997 y que son, brevemente expuestos, los siguientes: 1) No existe un derecho fundamental al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. 2) El amparo es un proceso de protección de determinados derechos fundamentales, no pudiéndose hacer valer a través de esta vía pretensiones de inconstitucionalidad, ya estén dirigidas frente a disposiciones generales o frente a actos aplicativos con fundamento en preceptos constitucionales que no resultan amparables. O lo que es lo mismo, no existe el derecho fundamental a la no aplicación de normas inconstitucionales. 3) El amparo no es un cauce adecuado para extender los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a sus actos aplicativos ya que no constituye una nueva instancia revisora, por lo que las resoluciones judiciales impugnadas a través de esta vía en este caso concreto, son resoluciones firmes a los efectos de lo previsto en el art. 40.1 LOTC⁸.

⁷ En este sentido Ahumada (2001): 340 y ss. También lo entendió así el magistrado Xiol Ríos en el voto particular que formuló a la STS de 13 de junio de 2000 (RJ 2000\5939).

⁸ A esta sentencia le siguieron otras de signo igualmente desestimatorio. Solo en algunos supuestos, en los que sí se produjo una vulneración por parte los órganos judiciales de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE fue posible la retroacción de actuaciones al TSJ correspondiente. Puede verse, en este sentido la STC 124/2000. En este caso, el recurrente tuvo «la suerte» de que el TSJ de Madrid incurriera en una incongruencia por error en la sentencia dictada el 16 de noviembre de 1995 —antes de declararse la inconstitucionalidad del gravamen complementario— ya que no se pronunció sobre la inconstitucionalidad del gravamen complementario sino sobre otro tributo. Esta

Las consecuencias que sobre estas actuaciones jurisdiccionales arrojaba el ordenamiento jurídico eran, en este caso concreto, un tanto peculiares, por no decir absurdas. Y es que pierde todo el sentido apelar a la protección de la seguridad jurídica para no extender los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a las resoluciones judiciales firmes confirmatorias de los actos aplicativos de una ley inconstitucional frente a la que el ciudadano ha opuesto resistencia, cuando el motivo de declaración de inconstitucionalidad de la ley fue la vulneración del principio de seguridad jurídica motivada por la aplicación retroactiva de la norma⁹. En definitiva, este caso no era uno más de los que una ley obligaba a realizar unos ingresos que más tarde devinieron indebidos por inconstitucionales y que no dieron lugar a la devolución.

La exposición detallada de las circunstancias, tanto fácticas como jurídicas, de las que se acaba de dar cuenta son, me parece, determinantes para entender por qué el TS, curiosamente en este caso tan peculiar, estimó la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la emisión de una ley inconstitucional. Es más, puede que el propio TS sugiriera esta vía a través de las resoluciones de inadmisión de los recursos de casación que se interpusieron contra las sentencias desestimatorias de algunos TSJ. En ellas, tras inadmitir los recursos de casación por razón de la cuantía, el TS señaló:

El pronunciamiento anterior [de inadmisión] implica que las pretensiones de la parte no puedan ser reconocidas en esta vía jurisdiccional contencioso-administrativa [vía casacional], *pero ello no impide en absoluto que la Sentencia núm. 173/1996, de 31 de octubre, pueda desplegar directamente todos sus efectos*. El art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vincularán a todos los Poderes Públicos, y producirán efectos generales desde la fecha de publicación en el BOE. El art. 39.1 de la misma Ley precisa que cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, por ello la Sentencia 173/1996, ya referida, ha declarado que el art. 38.Dos.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, es nulo de pleno Derecho, y precisamente ésta es la norma bajo cuyo mandato legal se

vulneración del art. 24.1 CE, apreciada por el TC en amparo años después de que se declarara la inconstitucionalidad del gravamen complementario, tuvo como efecto la anulación de la sentencia incongruente y la retroacción de las actuaciones al TSJ para que dictara nueva sentencia. Naturalmente, el TSJ dictó sentencia estimatoria debido a que la inconstitucionalidad de la ley ya era «conocida». La infracción de los derechos procesales tuvo en este caso concreto ventajas para el recurrente.

⁹ *Vid.*, en este sentido, Ahumada (2001): 347.

practicaron las 156 autoliquidaciones y se dictaron por la Administración Tributaria de la Junta de Galicia, *los actos administrativos confirmatorios de las mismas, de modo que tales actos han perdido todo su soporte normativo*¹⁰.

En definitiva, seguramente, un cúmulo de circunstancias derivadas de las particularidades del caso concreto, incluida una posible responsabilidad del Estado-juez, hicieron que el TS se decidiera en este caso concreto por declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el hecho de una ley declarada inconstitucional. Tal conclusión, me parece, mereció un juicio positivo desde un punto de vista de justicia material, pero muy criticable no solo desde un punto de vista teórico sino también por las consecuencias que pudiera acarrear en el futuro, sobre todo teniendo en cuenta que el TS también estimó las acciones iniciadas por los que se habían aquietado a los actos aplicativos de la ley¹¹. A continuación, me ocuparé de exponer las bases sobre las que se ha creado tal responsabilidad.

2. LAS PIEZAS A PARTIR DE LAS CUALES SE AFIRMA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES: LA JURISPRUDENCIA DEL TS

2.1. *La inconstitucionalidad de la ley: actuación antijurídica que lleva aparejada la obligación de indemnizar*

El punto de partida de la tesis del TS es que «la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y los perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado»¹². Esta afirmación llevaría a concluir *a priori* que toda declaración de inconstitucionalidad, con independencia del precepto constitucional vulnerado, de la intención del le-

¹⁰ STS de 22 de diciembre de 1998, r.c. núm. 6403/1993, Ponente Gota Losada. La cursiva la añado yo. En idéntico sentido puede verse STS de 23 de diciembre de 1998, r.c. núm. 4890/1993.

¹¹ Gómez Montoro (2001): 627 apunta este sentido: «Cabe, por ello, entender que la solución adoptada responde en buena medida a la peculiaridad del caso».

¹² Esta expresión se contiene en la inmensa batería de sentencias que se dictaron como consecuencia de las acciones de responsabilidad patrimonial por la imposición del gravamen complementario de 1990. Pueden verse, entre otras muchas otras, en las SSTs, 29 de febrero de 2000 (RJ 2000\2730), 13 de junio de 2000 (RJ 2000\5939), 11 de enero de 2001 (RJ 20001\630).

gislador de contravenir o no la norma suprema y de cualesquiera otras circunstancias, debe llevar aparejada la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que el acto legislativo genere. No obstante, como expondré más adelante, la adopción de un sistema de responsabilidad objetiva en los casos en los que el legislador vulnera la Constitución, es decir en el que funciona el binomio incumplimiento o contravención es igual a responsabilidad patrimonial, es más una apariencia que una realidad.

2.2. *Acción de responsabilidad patrimonial versus acción de impugnación de los actos aplicativos dictados al amparo de la ley declarada inconstitucional*

La estimación de las acciones de responsabilidad patrimonial venían a reconocer, de facto, lo mismo que la acción de impugnación del acto administrativo: la devolución de las cantidades ingresadas. Sin embargo, ambas acciones, según sostiene el TS, no son idénticas, de tal manera que la acción de responsabilidad no es una revisión encubierta. Dos escollos fundamentales debía superar el TS para estimar dichas acciones en el caso de las empresas de juego; por un lado, el «valladar de la cosa juzgada» en los supuestos en los que quienes iniciaron la acción de responsabilidad habían solicitado previamente la devolución de ingresos indebidos y habían recurrido en vía jurisdiccional la denegación de aquélla; por otro, la firmeza que habían alcanzado los actos tributarios en los casos en los que los sujetos pasivos se aquietaron a lo establecido en la ley. En ninguno de los dos casos, el TS encontró obstáculo para acceder a la declaración de responsabilidad del Estado legislador. No obstante, conviene distinguirlos pues existen diferencias sustanciales entre ambos.

Los obligados por la ley, posteriormente declarada inconstitucional, que se habían opuesto a su aplicación sin éxito, no tenían abierta, según el TS, la vía de la revisión, ni en vía jurisdiccional ni tampoco en vía administrativa. Este hecho, sin embargo, no hacía imposible la obtención de una compensación económica en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Según el TS, tal acción de responsabilidad es diferente a la acción de nulidad de los actos dictados en aplicación de la ley. A tal efecto señala el TS: «la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia, pues la sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada»¹³.

¹³ Tal afirmación se encuentra entre otras en la STS 13 de junio de 2000, FJ 7.º (RJ 2000\5939). Es evidente, por otra parte, que esta afirmación del TS parece que está

Las cosas no fueron exactamente así en aquellos casos en los que los obligados tributarios por el pago del gravamen se aquietaron a la ley y no solicitaron la devolución de los ingresos indebidos. La primera diferencia esencial que cabe resaltar, es que la sentencia estimatoria dictada por el TS no lo fue por unanimidad¹⁴. La segunda de las diferencias afecta también a las vías de las que, según la doctrina inicial del TS —hoy ya corregida— disponían los que se aquietaron a los actos aplicativos de la ley declarada ulteriormente inconstitucional. Este grupo de afectados por la ley no solo contaron con la acción de responsabilidad del Estado legislador sino que además, «en cualquier momento», pudieron iniciar una acción de revisión en vía administrativa al amparo de lo previsto en el art. 102 de la LRJPAC. La argumentación del TS en estas resoluciones llevó a conclusiones difíciles de aceptar ya que situó en una mejor posición procesal, en cuanto que disponían de más vías, a aquellos que en su día se aquietaron a una ley ulteriormente declarada inconstitucional que a aquellos otros que intentaron hacer valer sus derechos ante el juez. Esta doctrina fue modificada por la STS de 18 de enero de 2005 (RJ 2005\898) dictada en un recurso de casación en interés de ley, que ha negado que el derecho a la devolución de cantidades indebidamente ingresadas por exigirlo así una ley declarada inconstitucional pueda ser ejercido «en cualquier momento»¹⁵.

2.3. La activación de la acción de responsabilidad del Estado legislador por emitir leyes inconstitucionales depende del Tribunal Constitucional

Solo en el caso de que el TC no declare la eficacia prospectiva de la Sentencia, será posible, según la doctrina del TS, instar con éxito la acción de responsabilidad. Según el TS «la expresa prohibición del TC veda cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión, que sí alcanzaría sin duda a la acción de revisión del art. 102 LRJPAC y, que,

imputando el «error de derecho», más que al legislador, al Juez. *Vid.* en este sentido Ahumada (2001): 340 y 341.

¹⁴ El magistrado Xiol Ríos formuló voto particular a la primera de las sentencias que estimaron el recurso contencioso-administrativo interpuesto por quien consintió los actos aplicativos de la ley.

¹⁵ Afortunadamente esta sentencia desbarató la posición de privilegio que parecían tener aquellos que se aquietaron a los actos aplicativos a una ley declarada inconstitucional frente a los que sí lo hicieron. Esta nueva doctrina, que ha sido acogida por la totalidad de los Tribunales Superiores de Justicia, no se ha considerado vulneradora del art. 24.1 CE tal y como ha establecido el TC en su STC 105/2009.

por obvias razones de seguridad jurídica, ha de hacerlo también con la que deriva de los arts. 139 y siguientes de la misma Ley. Entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional»¹⁶.

Y es que el TS, se atribuye la potestad de «decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad» cuando la propia sentencia del TC no contenga pronunciamiento alguno en relación con el alcance de la declaración e inconstitucionalidad¹⁷. Esta «decisión» que según el TS han de tomar los jueces ordinarios en defecto de pronunciamiento en sede constitucional no ha sido, al menos hasta la fecha, una «decisión» justificada o motivada, por lo que la falta de limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por el TC se ha convertido automáticamente en la apertura de la vía indemnizatoria. De ahí que, hoy por hoy, aunque no en el momento en que se creó esta doctrina, cuando el TC decide acerca de la constitucionalidad es consciente —o al menos debería serlo— de que también está resolviendo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. De esta manera, la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad actúa como una premisa o un presupuesto necesario para activar la responsabilidad del Estado legislador.

¹⁶ STS, Sección 6.ª de 24 de mayo de 2005, FJ 3.º, RJ 2005\4986. A su través, se desestima un recurso en el que se instaba la responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de la STC 194/2000 que declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos. Cuando el TC dictó esta sentencia ya era conocida la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales, según la cual si el TC limita los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, no prosperan las acciones de responsabilidad patrimonial.

¹⁷ *Vid.*, por todas, STS de 15 de julio de 2000 (RJ 2000\7423) en la que se afirma: «cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto corresponde a los Jueces y Tribunales ante quien se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del Derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, han de ser los Jueces y Tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad».

3. ¿FUNCIONA EL BINOMIO INCONSTITUCIONALIDAD-INDEMNIZACIÓN?

Los rasgos esenciales de la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador que se acaban de exponer, iniciados en el año 2000 con el caso de las empresas de juego, se fueron asentando en la importante sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera del TS el día de 2 de junio de 2010¹⁸. Antes de que se produjera este pronunciamiento había serias razones para afirmar que la doctrina creada por el TS en el caso de las empresas de juego estuviera firmemente asentada. El disenso estaba instalado no solo fuera del Tribunal¹⁹, sino también en su propio seno²⁰. Sin duda, hay que admitir que este nuevo pronunciamiento del Pleno constituyó un paso más en el proceso de asentamiento de la jurisprudencia antes expuesta a propósito de la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales y quizás haya sido decisiva para que el legislador la haya acogido —en términos generales pero con importantes correcciones— en la LRJSP.

La STS de 2 de junio 2010 llevó a algunos autores a afirmar que se había configurado de una manera tan generosa que en nuestro país funciona el binomio inconstitucionalidad igual a indemnización²¹. Es decir, se da por hecho que en España el Estado siempre debe indemnizar cuando nuestro legislador se aparta en su función legislativa del deber de respetar la Norma Suprema. Aunque con carácter general comparto las críticas que estas corrientes doctri-

¹⁸ Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 2.Tres del RDL 5/2002, de 24 de mayo, algunos trabajadores a los que se les había aplicado dicha norma, instaron la responsabilidad del Estado legislador. La sentencia citada en texto principal resuelve uno de estos supuestos. El mencionado precepto, modificando el Estatuto de los Trabajadores, suprimió en los casos de indemnización por despido improcedente los salarios de tramitación. Sin embargo, la posterior Ley 45/2002, de 12 de diciembre, volvió a incluir en la indemnización por despido improcedente este concepto. Naturalmente la norma contenida en el RDL fue aplicada y los trabajadores que fueron despedidos durante su vigencia no percibieron en concepto de indemnización los salarios de tramitación. Una vez declarada la inconstitucionalidad del RDL instaron la responsabilidad del Estado legislador.

¹⁹ Aunque la jurisprudencia del TS ha contado con apoyos de la doctrina científica, no hace falta a estas alturas dar cuenta de los trabajos que se han publicado y que han criticado duramente la doctrina emanada del TS a propósito de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la emisión de leyes inconstitucionales. Cito, por todos, a García de Enterría (2007).

²⁰ Así se hace constar incluso en el FJ 3.º la propia sentencia de Pleno.

²¹ *Vid.*, por ejemplo, Sesma (2010).

nales realizan a la doctrina de nuestro TS, creo que es un error concluir ante nuestros vecinos europeos que *ese* es nuestro sistema de responsabilidad.

Según el TS, la antijuricidad de la ley no es ni mucho menos el único requisito que debe concurrir para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. A través de su jurisprudencia, ha afirmado que es necesario que la vulneración de la Constitución por el legislador genere un daño indemnizable. No hay por tanto, indemnización sin daño. Esta exigencia está conectada con el modo de concebir la responsabilidad patrimonial «como institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos». En realidad, la jurisprudencia del TS también ha admitido que puede haber inconstitucionalidad sin responsabilidad. Es evidente que en esta construcción jurisprudencial resulta determinante a efectos de obtener una indemnización lo que deba entenderse por «daño» y, en este punto, el TS no ha sido precisamente generoso²².

Pero es que, además de la existencia del daño, no habrá responsabilidad patrimonial si el TC limita los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El mantenimiento, o mejor, la efectividad, de esa doctrina del TS se ha dejado voluntariamente por parte del propio TS en manos del TC, de tal manera que la llave para activar o no la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por emanar leyes inconstitucionales depende en última instancia del propio TC. Las posibilidades que se le abren en este sentido al TC son inmensas, ya que, a día de hoy, cuando éste controla la constitucionalidad de la ley, también hace lo propio respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador²³. En efecto, uno de los poderes más importantes del TC es la potestad de limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. La conclusión que se desprende de lo anterior

²² *Vid.*, entre otras muchas las SSTs, de 24 de noviembre de 2009 (2010\16840), FJ 2 (dictada por la Sección 4ª) y de 11 de diciembre de 2009 (J 2009\495668), FJ 3 (dictada por la Sección sexta). La última de éstas resuelve una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado legislador interpuesta con motivo de la declaración de inconstitucionalidad (STC 121/2005) de determinados artículos de la Ley 62/1997 que imponía el pago de determinadas tarifas portuarias. El TS concluye que, a pesar de la antijuricidad, los que abonaron dichas tarifas se beneficiaron de determinadas prestaciones, por lo que no se produjo un detrimento patrimonial que pudiera considerarse como un daño real y efectivo. Téngase en cuenta, además, que en este caso, el motivo de la inconstitucionalidad de la Ley vino motivado por cuestiones competenciales, no sustantivas.

²³ STC 105/2009.

es que se puede vedar el acceso a una indemnización con base en razones que, aunque no sean tomadas en consideración en el proceso en el que se insta la responsabilidad patrimonial, ya se habían impuesto en el proceso de control de constitucionalidad de la ley. Y en éste, las justificaciones que puede ofrecer el TC son de muy diverso signo, de tal manera que, aunque parece diseñarse por el TS un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo, se subjetiviza tremendamente en sede constitucional. Más adelante, volveré sobre este asunto que considero especialmente relevante a los efectos de este trabajo.

En ocasiones, atender a las cifras es importante, y creo que esta es una de ellas. Desde que el TS ha venido a reconocer la responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales, solo en cuatro casos de inconstitucionalidad se ha reconocido el derecho a indemnización: el ya expuesto del gravamen complementario; el que vino motivado por la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre que estableció el pase a segunda actividad de determinados miembros de las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado; el derivado de la declaración de inconstitucionalidad del RD-ley 5/2002, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; y, por último, el derivado de la STC 89/2009 que declaró la inconstitucionalidad de del art. 34.5 de la Ley 50/1998, que dio lugar a la devolución de determinadas cotizaciones sociales correspondientes al ejercicio 1998 a los Administradores de empresas²⁴. Desde la primera sentencia que declaró la responsabilidad patrimonial del Estado legislador hasta hoy han pasado más de quince años y las declaraciones de inconstitucionalidad generadoras de daños han sido muchísimo más numerosas que las de responsabilidad. ¿Puede afirmarse entonces que estamos ante un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo? Evidentemente no. Sin duda, estos matices y estos datos deberían tenerse muy en cuenta a la hora de mostrar ante Europa cual es, de facto, nuestro sistema de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de la Constitución.

²⁴ Este caso es prácticamente idéntico al del Gravamen Complementario sobre la Tasa Fiscal sobre el Juego, en el que resultó vulnerado el principio de seguridad jurídica. Las sentencias del TS en las que se ha reconocido la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en este caso (que, por cierto son muy pocas) se apunta como argumento a fortiori el hecho de que el precepto constitucional infringido por la Ley fuera el art. 9.3 CE.

III. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS POR ACTOS ILÍCITOS

1. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS: SU RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN RESTRINGIDO

El art. 340 (antiguo 288) TFUE establece la obligación de reparar los daños causados por las propias Instituciones Comunitarias en el ejercicio de sus funciones. A pesar de esta previsión normativa, la falta de una tradición común en relación con esta materia entre, primero, los Estados fundadores de la CEE y después los que sucesivamente se han ido incorporando a la Unión, ha supuesto que el régimen de responsabilidad extracontractual se haya ido diseñando principalmente por vía jurisprudencial²⁵.

La evolución que ha sufrido tal diseño puede resumirse, grosso modo, como sigue. En la década de los setenta comenzaron a emitirse las primeras sentencias que delinearon los rasgos esenciales del principio de responsabilidad y que, en términos generales, perduran en la actualidad. El TJUE pergeñó dos sistemas de responsabilidad diferenciados: el general y el especial. Para la activación de la responsabilidad en cualquiera de los dos regímenes el TJUE exigió la concurrencia de algunos requisitos, a saber: la infracción de una norma superior de DUE que confiriera derechos a los particulares, la existencia de perjuicios indemnizables y la concurrencia de un nexo de causalidad entre la infracción del DUE y el perjuicio sufrido. La diferencia entre un régimen de responsabilidad y otro radicaba en que, mientras que para aplicar el general bastaba la mera ilegalidad, para la activación del segundo era necesario, no solo la infracción del DUE sino además que la violación fuera «suficientemente caracterizada».

²⁵ Aunque el citado precepto se remite a los principios generales comunes a los Estados Miembros, esta remisión, según García de Enterría (2005), p. 38, «no se ha entendido por el Tribunal de Justicia (...) en el sentido del <mínimo común a todos esos Derechos, lo que hubiese arrojado la consecuencia absurda de tener que aplicar el rasero propio del Derecho nacional menos generoso y más limitativo en la materia, sino como un reconocimiento general del principio de responsabilidad de la Administración, principio cuya modulación y aplicación ha hecho luego por su cuenta el Tribunal de Justicia, poniendo en pie un cuerpo propio de principios»

El TJUE tuvo que enfrentarse a determinadas reclamaciones de responsabilidad en las que los daños se habían producido como consecuencia de la actividad normativa del Consejo y de la Comisión a propósito de la adopción de determinadas medidas de política económica. Algunas razones de esta importante matización jurisprudencial las encontramos en la *S. Bayerische HNL* de 25 de mayo de 1978²⁶, de la que transcribo aquí algunos fundamentos, reproducidos posteriormente en otras sentencias del TJUE resolutorias de acciones de responsabilidad extracontractual:

El régimen de responsabilidad establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base del art. 215 del Tratado [en la actualidad art. 340], especialmente a propósito de la responsabilidad originada por actos normativos, tiene en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido». (...) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las Instituciones para la aplicación de las políticas Comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen actos de política económica. (...). [L]a concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad solo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado de manera manifiesta y grave en el ejercicio de sus facultades.

Los fundamentos transcritos justifican el surgimiento de un régimen especial de responsabilidad aplicable a aquellos actos de las Instituciones, especialmente los Reglamentos del Consejo, que son, a estos efectos, prácticamente equiparables a las leyes emanadas por los Parlamentos de los Estados y

²⁶ Apartados 43, 44 y 45 de la Sentencia de 25 de mayo de 1978, *Bayerische NHL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG* y otros contra Consejo y Comisión, as. Acumulados 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77.

que se constituyen en verdaderas opciones políticas que, para ser tales, necesitan de un amplio margen de discrecionalidad. Respecto de éstas y en atención precisamente a ese amplio margen de maniobra del autor de la norma, solo los daños especialmente graves y solo en el caso de un error manifiesto o grave de las Instituciones podrá exigirse la responsabilidad ya que, de otro modo, no podrían adoptarse determinadas decisiones necesarias para el interés de la Comunidad por el posible temor a la interposición de acciones de responsabilidad que hicieran incluso inviable la propia existencia de la Comunidad. En definitiva, a todo aquello que «pertenece al ámbito de la actividad legislativa de la Comunidad»²⁷, aunque no se trate propiamente de Reglamentos del Consejo, debe ser de aplicación el régimen de responsabilidad especial, esto es, no una simple ilegalidad, sino una «vulneración suficientemente caracterizada».

A pesar de la existencia de estos dos sistemas de responsabilidad, se aplicó con carácter general durante varias décadas el régimen especial o restringido.²⁸ Ello se ha debido a que dentro del concepto «actos normativos que implican opciones de política económica» se han incluido todo tipo de medidas en materia económica: actos y omisiones, legislativas y no legislativas, generales o singulares, etc.²⁹. Debido a esta expansión del régimen especial de responsabilidad y a la interpretación absolutamente restrictiva de los requisitos que permiten su activación, solo los actos en los que se rozaba la arbitrariedad, se declaró la responsabilidad extracontractual de las Instituciones Comunitarias. A este entendimiento restrictivo de la responsabilidad, hasta la década de los noventa, el TJUE exigió además que los daños causados fueran «especialmente graves y singulares».

En la última década la tendencia a la expansión del régimen especial o más restrictivo se ha contenido³⁰. Como se verá más adelante, en la actualidad para la aplicación de tal régimen de responsabilidad el TJUE tiene en cuenta principalmente dos factores: el margen de apreciación del que dispone la Ins-

²⁷ Expresión contenida en la S. de 8 de diciembre de 1987, *Les Grands Moulins de Paris* contra CEE, as. 50/86. Tomo el dato de Guichot (2001): 189.

²⁸ *Vid.* en este sentido, Guichot, (2001): 182-187.

²⁹ Un estudio de cómo se ha producido esta expansión puede verse en Guichot (2001): 214 a 272.

³⁰ En la Sentencia TJUE de 4 de julio de 2000 dictada en casación, as. C-352/1998-P, *Laboratoire pharmaceutiques bergadem SA y Jean-Jacques v. Comisión*, se puede apreciar ya este cambio. El TJUE se remite al sistema de responsabilidad de los Estados Miembros y se afirma que, para estimar como cualificada una vulneración del DUE, hay que atender al grado de apreciación de la norma vulnerada, pero no al alcance generador del daño.

titución Comunitaria y si la medida adoptada tiene que ver con cuestiones de política económica. Se ha producido así una cierta equiparación entre el régimen de responsabilidad de los Estados Miembros —del que me ocuparé más adelante— y el de las Instituciones Comunitarias.

El hecho de que, durante años, se haya concebido un sistema de responsabilidad extracontractual dual, con una aplicación muy expansiva del especial, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina y de varios Abogados Generales. Éstas no venían referidas al diseño del sistema de responsabilidad sino a la expansión injustificada que se produjo en relación con el régimen especial o de violación suficientemente caracterizada. Las razones aducidas en la Sentencia Bayerische de 25 de mayo de 1978, antes extractadas, son compartidas por buena parte de la doctrina y de los Abogados Generales. La discusión se centra en determinar hasta dónde debe aplicarse el régimen especial: ¿qué actos de las Instituciones Comunitarias están insertos en esta órbita?

2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Aunque no hay ningún precepto en el TU que establezca la responsabilidad de los Estados Miembros por la infracción del DUE, se ha venido reconociendo ésta por vía jurisprudencial a partir del art. 340 (antiguo 288) TU que establece la obligación de reparar los daños causados por las propias Instituciones Comunitarias en el ejercicio de sus funciones³¹.

El principio de la responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros por el incumplimiento del DUE como «inherente al sistema del Tratado»³² se consolida, como es ya sobradamente conocido, con la STJCE Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991. La doctrina esencial contenida en ella y en otros pronunciamientos posteriores, especialmente en *Brasserie*³³, *Lomas*³⁴, *British Telecommunications*³⁵, *Dillenkofer*³⁶ y *Kö-*

³¹ Por todos, Alonso García, R. (1997): 29.

³² Afirmación contenida en la S. Francovich y reiterada, si no en todas, en la mayoría de las sentencias del TJUE en las que aborda el problema de la responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros.

³³ S. *Brasserie du pêcheur y Factortame* de 5 de marzo de 1996, as. 46 y 48/93.

³⁴ S. *Lomas*, 23 de mayo de 1996, as. 5/94.

³⁵ S. *British Communications* de 26 de marzo de 1996, as. 392/93.

³⁶ *Dillenkofer, Erdmann, Schulte, Heuer y Knor*, de 8 de octubre de 1996, as. 178-179 y 188-190/94).

bler³⁷ ha perdurado, en lo esencial, a lo largo de estos años: los principios de «lealtad comunitaria» y de «plena eficacia del Derecho comunitario» imponen a los Estados miembros el deber de responder por los daños que generen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el DUE³⁸. Además de esta cuestión central, otras también de gran relieve quedaron definitivamente diseñadas en estos pronunciamientos judiciales. Entre ellas, aquella según la cual la exigencia de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros en los casos en los que se vulnera el DUE no puede quedar supeditada al reconocimiento de responsabilidad de los poderes públicos en el ordenamiento interno. O dicho de otro modo: habrá responsabilidad del Estado –incluso del legislador– por la infracción del DUE a pesar de que el ordenamiento jurídico nacional tenga establecido el principio de irresponsabilidad de los poderes públicos, y más concretamente del legislador. Asimismo, el TJUE estableció que la competencia para declarar la responsabilidad de los Estados Miembros es de los órganos jurisdiccionales nacionales. Sobre estas tres cuestiones, centrales por otra parte, todas las sentencias apuntadas mantienen una línea coherente y unánime. Sin embargo, el régimen de responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento del DUE no se agota en lo expuesto en Francovich.

En general, puede afirmarse que Francovich perfeccionó un sistema de responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros alejado, en buena medida, del régimen de responsabilidad de las Instituciones comunitarias. El TJUE partió de la premisa de que «si bien el Derecho comunitario impone el principio de responsabilidad del Estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización *dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado*»³⁹. Los requisitos que según la sentencia del TJUE dictada en este caso hacían surgir la responsabilidad extracontractual de los Estado Miembros por incumplimiento del DUE, más concretamente por no adoptar las medidas necesarias para conseguir el resultado establecido por una Directiva son: «primero (...) que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares. El segundo requisito es que el contenido de éstos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el

³⁷ S. Köbler, de 30 de septiembre de 2003, as. 224/01.

³⁸ *Vid.* en este sentido Alonso García, R. (1997): 20.

³⁹ Francovich y Bonifaci v Italia, S. de 19 de noviembre de 1991, FJ 38. Se añade la cursiva.

incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas»⁴⁰. Como se puede constatar, el TJUE no exigió para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado italiano que la lesión del derecho hubiese sido «especialmente caracterizada». Pero, insisto, tal afirmación se hizo a partir de la premisa de que «los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización *dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario* que origine el perjuicio causado»⁴¹.

De esta sentencia parecía desprenderse que la declaración de incumplimiento o la constatación de la incompatibilidad del derecho interno con el DUE llevaba aparejada automáticamente la declaración de responsabilidad extracontractual del Estado infractor. Sin embargo, este no es el régimen de responsabilidad extracontractual que finalmente se ha impuesto en los casos en los que los Estados Miembros vulneran el DUE. De *Franovich* a *Dillenkofer*, pasando por *Brasserie*, *British Telecommunications* y *Lomas* entre otras, se ha acabado diseñando un régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros de corte más subjetivo que objetivo. El binomio incumplimiento del DUE igual a responsabilidad extracontractual del Estado infractor no funciona ya en la mayoría de los casos. Para entender cómo se produce el paso de *Franovich* (responsabilidad objetiva de los Estados Miembros) a la situación actual (responsabilidad subjetiva) es vital detenerse por un momento en la sentencia *Brasserie du pêcheur SA v. República Federal de Alemania* y *The Queen v. Secretary of State for Transport*⁴². Es en este pronunciamiento en el que TJUE entiende que «los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho Europeo no deben, a causa de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables»⁴³. Así, cuando los Estados Miembros actúan con el mismo margen de apreciación que las Instituciones Comunitarias, se exigirá, para que incurran en responsabilidad, que la violación sea «suficientemente caracterizada». El margen de apreciación deberá medirse caso por caso atendiendo a la claridad y precisión de la norma, cuestión ésta que puede apreciarse a partir del tenor de la propia norma o de su posterior aclaración por la jurisprudencia

⁴⁰ *Franovich y Bonifaci v. Italia*, S. de 19 de noviembre de 1991, FJ 40.

⁴¹ La cursiva la añado yo.

⁴² S. de 5 de marzo de 1996, as. 46 y 48/93

⁴³ FJ núm. 42 S. de 5 de marzo de 1996, as. 46 y 48/93.

del TJUE⁴⁴. La «excusabilidad» del error por parte del infractor se convierte en la clave fundamental para el surgimiento o no de la responsabilidad.

Los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros vienen a aproximar el fundamento de tal régimen, más que en garantizar la eficacia de los derechos de los particulares, en un mecanismo para penalizar o sancionar los incumplimientos más graves. Como ya se vio anteriormente, este principio ha sido mucho más eficaz para reparar y corregir las infracciones manifiestas del DUE que la declaración de incumplimiento.

Naturalmente y como en toda evolución jurisprudencial, *Brasserie* no dejó todas las cuestiones cerradas, sino que fue el punto de partida de una equiparación de los distintos sistemas de responsabilidad que se habían ensayado por el TJUE⁴⁵.

3. UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL (APARENTEMENTE UNITARIO) PARA LOS ESTADOS MIEMBROS Y LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

La evolución de la jurisprudencia del TJUE se ha traducido en el establecimiento de un único sistema de responsabilidad extracontractual desde una doble perspectiva: 1) hay un único sistema de responsabilidad extracontractual para los Estados Miembros y para las Instituciones Comunitarias; 2) ha desaparecido la dualidad entre un sistema de responsabilidad objetivo y otro subjetivo. Por razones expositivas, empezaré por aclarar la segunda de las afirmaciones. En todo caso y antes de entrar de lleno en el análisis del sistema de responsabilidad finalmente adoptado por el TJUE, conviene volver a recordar que, además del requisito de la violación del DUE en los términos en los que se dirá, es necesario que se cumplan en todo caso otros dos requisitos: que la norma vulnerada confiera derechos a los particulares y que exista un nexo de

⁴⁴ El TJ facilitó además en *Brasserie* otros criterios adicionales para determinar si una violación del Derecho debía considerarse suficientemente caracterizada, a saber: «el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y la circunstancia de que las adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario» (FJ 56).

⁴⁵ Para una buena aproximación a cómo evolucionó la doctrina del TJUE en relación con este asunto pueden verse Alonso García, R. (1997) y Guihot (2001): 447 a 556.

causalidad entre los daños sufridos por el particular y la violación de la norma Comunitaria⁴⁶.

Hecha esta precisión, me referiré a continuación a qué tipo o tipos de vulneraciones del DUE pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad. Tras la sentencia *Brasserie*, el mayor o menor margen de apreciación que confiriera a la Institución la norma infringida se convirtió en la regla esencial para desplazar o corroborar la aplicación del régimen especial o más restringido de tal manera que si había margen de apreciación, se exigía que la violación fuera suficientemente caracterizada; en caso contrario, se aplicaba el llamado régimen objetivo en el que el incumplimiento daba lugar a la declaración de responsabilidad. Sin embargo, se constató a través de sentencias posteriores que, para determinar si concurría o no la premisa que daba lugar a la aplicación de la violación suficientemente caracterizada, esto es, el amplio margen de apreciación, era necesario aplicar criterios de tipo subjetivo, tales como si las Instituciones Comunitarias habían inducido a error al infractor, si el TJUE había aclarado o no el sentido de una determinada norma etc. O lo que es lo mismo, para concluir si el régimen objetivo era de aplicación había que introducir elementos típicos del régimen especial. Este hecho ha dado lugar finalmente a la existencia de un único sistema de responsabilidad en el que lo verdaderamente determinante para concluir si la violación es o no suficientemente caracterizada es el margen de apreciación que permita la norma infringida, de ahí que, en todo caso, serán de aplicación criterios de tipo subjetivo.

La unificación del sistema de responsabilidad no solo ha tenido lugar en el sentido expuesto anteriormente sino que poco a poco se ha reconducido tanto a los casos en los que los infractores son los Estados Miembros como a los que lo son las Instituciones Comunitarias. En este sentido, además de la Sentencia *Brasserie*, ha sido la Sentencia *Bergaderm*, de 4 de julio de 2000⁴⁷ la que ha acercado el régimen de responsabilidad de los Estados al de las Instituciones comunitarias⁴⁸. Lo importante, a efectos de determinar si hay o no responsabilidad, no es el órgano de procedencia ni la función «legislativa» o

⁴⁶ Según el TJUE (entre otras, S. de 18 de marzo de 2010, *Trubowest Handel GmbH c. Consejo y Comisión*, as. C-419/08-P) deben cumplirse acumulativamente los tres requisitos, de tal manera que el hecho de que no concorra uno de ellos bastará para desestimar el requisito de la indemnización.

⁴⁷ S. dictada en casación, as. C-352/98P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA y Jeans-Jacques Goupil v Comisión*.

⁴⁸ Los FFJJ 41 a 44 de la citada son los que aclaran esta cuestión.

«ejecutiva» de la norma infractora sino el margen de apreciación de la norma infringida⁴⁹.

A pesar de esta equiparación, la frecuencia con la que se declara la responsabilidad extracontractual de las Instituciones Comunitarias y de los Estados Miembros no es la misma: son muchísimo más abundantes las condenas a los Estados Miembros que a las Instituciones Comunitarias. Esta realidad, sin embargo, se puede explicar, entre otros motivos, con el argumento de que en el ordenamiento comunitario predomina el principio de administración indirecta y de ahí que sean escasos los supuestos en los que las Instituciones Comunitarias tienen relación directa con los particulares. Por ello, las reclamaciones de responsabilidad extracontractual contra las Instituciones Comunitarias se refieren, normalmente, a daños que son producidos por la actividad normativa de las Instituciones. Y como se ha dicho anteriormente, con respecto a esta actividad el margen de apreciación de las Instituciones es considerablemente amplio. Este hecho ha permitido que se mantenga el grueso de la jurisprudencia existente antes de la unificación del régimen de responsabilidad y que es excesivamente restrictiva⁵⁰.

IV. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MÁS FAVORABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

La determinación del régimen jurídico —tanto procesal como sustantivo— aplicable a los supuestos de responsabilidad patrimonial de los Estados Miembros por incumplimiento del DUE se determina según la jurisprudencia del propio TJUE a partir de dos premisas fundamentales.

Por un lado, a partir de la consideración de «estándar mínimo» del régimen de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del DUE diseñado por el TJUE con respecto a las legislaciones nacionales, de tal manera que si hay un régimen de responsabilidad nacional que contiene requisitos menos estrictos que los exigidos por el TJUE, podrá aplicarse éste y no aquel. Así se establece, entre otras muchas, en la STJCE de 17 de abril de 2007, as. A.G.M.-COS.MET. Por otro, y con base en el principio de autonomía procesal de los Estados, las vías procesales a través de las cuales ha de hacerse valer la acción de responsabilidad han de ser las previstas por el ordenamiento interno debido a la falta de normativa comunitaria al respecto. Estas vías inter-

⁴⁹ *Vid.* Alonso García, R. (2009): 179.

⁵⁰ *Vid.* en este sentido Mangas (2010): 456-457.

nas no pueden hacer imposible o excesivamente difícil la obtención de la indemnización (principio de efectividad) y no pueden ser menos favorables que las referentes a *reclamaciones semejantes* de naturaleza interna (principio de equivalencia).

Hay que señalar, antes de entrar de lleno en esta cuestión, que no está del todo claro si el principio de equivalencia se proyecta solo sobre las vías o los cauces procedimentales a través de los cuales se articulan los derechos legítimos, o si debe extenderse también a los requisitos sustantivos o de fondo que condicionan el derecho a la indemnización. Respecto de este asunto y siguiendo en este caso a Cobrerros (2015) creo que aunque el principio de equivalencia fuera aplicable únicamente a las normas de carácter procesal, la jurisprudencia de Luxemburgo a propósito de la responsabilidad de los Estados Miembros por incumplimiento del DUE obligaría igualmente a aplicar los requisitos materiales o de fondo de los ordenamientos nacionales si éstos son menos restrictivos que los establecidos por el estándar mínimo europeo.

Para verificar si son aplicables estos principios es necesario un presupuesto: que nos encontremos ante acciones *similares*, para lo cual, según el TJUE, habrá que atender «al objeto de la acción, a su causa y a sus elementos esenciales»⁵¹. Si el resultado de ese juicio comparativo no arroja como resultado la similitud de las situaciones, no se verá conculcado el principio de equivalencia por la sencilla razón de que no resultará de aplicación. No obstante, no es nada fácil discernir cuando nos encontramos ante situaciones «similares» o «semejantes». El TJUE ha establecido varias pautas para determinar el alcance del principio de equivalencia una vez comprobado el presupuesto —de carácter problemático— para su aplicación.

En primer lugar, ha declarado en varias ocasiones que el principio de equivalencia no obliga a los Estados a aplicar, en todo caso, el régimen nacional más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho, sino a que el conjunto de normas aplicables a los recursos y acciones «se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y aquellos basados en la infracción del Derecho interno»⁵². Lo que no tolera el principio de equivalencia es que se establezca un régimen único y diferenciado para aquellas acciones que se ejercitaran con base en la infracción del DUE que sea menos favorable que las que se ejercitan con base en la infracción del Derecho interno. Se trata de garantizar que la misma vía procesal sea utilizada indistintamente para aquellas pretensiones que se consideren ilícitas por vulnerar el Derecho interno o el DUE. Pero la

⁵¹ *Vid.*, entre muchas otras, STJCE de 16 de mayo de 2000, C-18/98, FJ 57.

⁵² Así lo establece el TJUE en la Sentencia de 26 de enero de 2010 (FJ 33).

aplicación del principio de equivalencia no obliga a elegir, entre las posibles acciones y regímenes jurídicos disponibles para obtener la tutela, aquella más favorable o menos restrictiva de entre las varias previstas por el ordenamiento jurídico interno. No obstante, en los últimos años y en alguna resolución aislada el TJUE ha tratado de maximizar el alcance de este principio en alguna de sus sentencias, lo que se ha traducido en la exigencia de tratar de forma más favorable aquellas reclamaciones basadas en el DUE que en el derecho nacional interno⁵³. Este dato nos indica que estamos ante un principio cuyo significado se está transformando en atención, me parece, a su carácter relacional.

En segundo lugar, el TJUE en dos sentencias fundamentales, Sentencia de 1 de diciembre de 1998 (C-326/96, as. Levez) y la Sentencia de 16 de mayo de 2000 (C-78/98, as. Preston y otras) ha establecido algunos criterios que permiten al juez nacional cumplir con las exigencias derivadas del principio de equivalencia a la hora de elegir tanto el cauce procesal como el régimen jurídico aplicables a una determinada pretensión ejercitada para obtener un derecho garantizado por el DUE.

Por lo que respecta al primer punto, el TJUE ha otorgado un papel decisivo e importante al juez nacional en la medida en que es éste y no aquel, el que conoce el régimen o regímenes jurídicos aplicables a las acciones previstas en el Derecho interno para tutelar derechos e intereses de los ciudadanos. Es el juez nacional el que está en las mejores condiciones para hacer el juicio comparativo entre los distintos regímenes jurídicos, con el fin de no aplicar a los derechos protegidos por el DUE un régimen menos favorable que el previsto para la tutela de los derechos garantizados por el ordenamiento interno. En cuanto al cauce procesal, el TJUE ha afirmado que «para pronunciarse sobre la equivalencia de las normas procesales, es preciso comprobar de manera *objetiva y abstracta* la similitud de estas normas [procedimentales] desde el punto de vista del lugar que ocupan en el conjunto del procedimiento, del desarrollo de dicho procedimiento y de las particularidades de las normas». De la anterior afirmación, «se deduce que *los diferentes aspectos de la regulación procesal no pueden examinarse aisladamente*, sino que deben ubicarse en su

⁵³ Así lo ha puesto de manifiesto Ferreres (2010): 79. Señala, en este sentido, la STJUE de 6 de octubre de 2009 (C-40/08, as. Asturcom Telecomunicaciones) en la medida en que *obliga* al juez a apreciar de oficio las nulidades comunitarias cuando el Derecho nacional simplemente *permite* al juez su apreciación. Pero esta doctrina no ha corregido la que se expuesto como reiterada en el texto principal debido a dos razones: esta última doctrina se contiene en la STJU de 26 de enero de 2010 que ha sido dictada por la Gran Sala del TJUE y es posterior a la citada anteriormente que además fue dictada por una de las Salas.

contexto general. Además, este examen no puede realizarse de manera subjetiva en función de las circunstancias fácticas, sino que debe llevarse a cabo una comparación objetiva y abstracta de las regulaciones procesales de que se trate.»⁵⁴ En aplicación de esta última doctrina, el TJUE ha declarado que no vulnera el principio de efectividad la falta de aplicación de *una regla específica*, reguladora de la suspensión de los plazos de prescripción, prevista en procedimiento de indemnización por daños, a una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del DUE⁵⁵.

Considero que si los anteriores criterios son idóneos para determinar si existe similitud entre los requisitos procesales de las distintas acciones, también deben aplicarse a los requisitos materiales o sustantivos, de tal manera que hay que comparar la regulación sustantiva de cada uno de los regímenes jurídicos sustantivos en su conjunto con la finalidad de determinar en primer lugar si son similares y, en segundo término, cuál de ellos es el más beneficioso.

V. LA VACILANTE JURISPRUDENCIA DEL TS A PROPÓSITO DE LA SIMILITUD DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Desde que ha comenzado el nuevo siglo, el tema de la responsabilidad del Estado legislador ha ocupado un papel protagonista en la jurisprudencia del TS. En tres pronunciamientos fundamentales el TS ha mantenido posturas contrarias respecto a si son similares o no las acciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento de la Constitución y del DUE.

En las STS de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 el TS entendió que se encuentra en una posición mucho más ventajosa aquel que pretende hacer valer que la ley que se le va aplicar es contraria al DUE que aquel que pretende hacer valer su inconstitucionalidad ya que, mientras que el primero puede solicitar al juez la anulación de tales actos —dejando inaplicada la norma con rango de ley nacional— el segundo no puede aspirar a semejante reacción del juez ya que, ante la posible inconstitucionalidad de la ley, debe plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC⁵⁶. De ahí que, se-

⁵⁴ STJCE de 16 de mayo de 2000, C-78/98, as. Preston y otras.

⁵⁵ STJUE 24 de marzo de 2009, as. C-445/06, Danske Slagterier.

⁵⁶ Estas conclusiones, sin embargo, han sido criticadas por la doctrina con base en distintos y dispares argumentos. Pueden verse al respecto, Alonso García, R. (2009): 183-184; y con otro tipo de argumentos Checa (2006): 204-236.

gún el TS, les sea exigible a los que pueden verse perjudicados por una ley contraria al DUE que reaccionen frente a los actos de aplicación pues si no lo hacen, será su negligencia la causante del daño. La apelación, en consecuencia, a la doctrina del TJUE referida a la responsabilidad extracontractual por el incumplimiento del DUE aparece en estas sentencias para determinar que el último de los requisitos, esto es, que exista una relación de causalidad directa entre la violación del DUE y el perjuicio sufrido, no se ha cumplido. En el fondo, lo que venía a declarar el TS es que no se puede aplicar la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales a los casos en los que la ley es contraria al DUE debido a que ambas situaciones *no son similares*, pues la posición del recurrente no es equiparable en ambos supuestos.

Sin embargo, en el asunto Transporte Urbanos el TS cuestionó en su Auto de 1 de febrero de 2008 si la doctrina de la que se acaba de dar cuenta es conforme al principio de equivalencia en la medida en que la doctrina del propio TS recaída en el caso del gravamen complementario no se consideró un obstáculo el hecho de que el particular se aquietara a los actos aplicativos de la ley. Y aquí, en este punto concreto, es donde se echa de menos una explicación por parte del TS en relación con dos puntos fundamentales. Por un lado, el TS no explicó entonces las razones que le llevaron en ese momento a considerar que quizás sí son similares ambas acciones de responsabilidad cuando antes mantuvo la postura contraria. Por otro, se echa en falta también un juicio comparativo entre el régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales diseñado por el TS y el creado por el TJUE a los efectos de analizar cuál es el más beneficioso en términos generales. Sin embargo, el auto se limitó a cuestionar si es preceptivo de conformidad con el principio de equivalencia trasladar la no exigencia de *uno de los requisitos* presentes en el régimen de responsabilidad creado a partir del caso del gravamen complementario al régimen de responsabilidad extracontractual diseñado por el TJUE. Pero es que, además, no ayudó en nada a clarificar las cosas el hecho de que el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial se refiera a la jurisprudencia del TJUE a propósito de la obligación de *devolver o reintegrar* los tributos recaudados por el Estado en contra del Derecho Comunitario. Y esta creo, es otra cuestión, sin duda la más relevante para el caso que se enjuiciaba, que se podía haber planteado en otros términos. Sobre todo teniendo en cuenta que el TJUE ya había declarado en alguna ocasión que no se puede alterar el sistema de recursos, utilizando la acción de responsabilidad extracontractual para pretender lo que se hubiera logrado a través de la acción de anulación si éste se hubiera interpuesto en

plazo⁵⁷. La invocación del principio de efectividad que también se hizo en el Auto solo tiene sentido respecto de esta cuestión ya que, ¿qué hubiera sucedido si el TJUE no hubiera estimado que no es contrario al principio de equivalencia la exigencia de recurrir los actos aplicativos de la ley declarada contraria al Derecho Comunitario? En este último supuesto, ¿la falta de otras vías en el derecho nacional para reintegrar los tributos anticomunitarios vulneraría el principio de efectividad?

Este planteamiento confuso dio lugar, en mi opinión, a una sentencia del TJUE un tanto ambigua en un doble sentido. En su sentencia de Gran Sala de 26 de enero de 2010 (as. C-118/08) resolutoria de la cuestión prejudicial señaló la similitud de ambas reclamaciones de responsabilidad —la creada por el TS y por el TJUE— ya que tienen «el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto u una omisión del *Estado*⁵⁸». Según el alto Tribunal Europeo «tal y como se describe en el auto de remisión, la única diferencia entre las dos reclamaciones (...) consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al art. 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional». Pues bien, sigue diciendo el TJUE, eso sí, con alguna cautela, «esta única diferencia, *a falta de cualquier mención en el auto de remisión de otros elementos que permitan declarar la existencia de otras diferencias* entre la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado efectivamente presentada por Transportes Urbanos y aquélla que había podido interponer sobre la base de una infracción de la Constitución declarada por el TC, no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia⁵⁹». Una vez alcanzada esta conclusión, el TJUE no entra a valorar si las acciones previstas en el ordenamiento español para instar la responsabilidad son más o menos restrictivas que el régimen de mínimos europeo. Esta tarea solo la puede llevar a cabo el juez nacional en la medida en que es el que conoce el Derecho nacional. En segundo lugar, el TJUE, una vez apre-

⁵⁷ *Vid.* STJCE de 15 de julio de 1963, as. Plaumann (25/62). Un análisis tanto del caso como del tratamiento que el TJUE le ha dado a la utilización simultánea o alternativa de las acciones de responsabilidad y de anulación puede verse en Schermers y Waelbroek, (2001): 535-539.

⁵⁸ FJ 36. La cursiva la añado yo.

⁵⁹ *Vid.* FJ 44. La cursiva la he añadido yo. El TJUE se encarga de señalar expresamente que pueden existir otros elementos que, aunque no se hayan incluido en el auto de remisión, podrían arrojar conclusiones diferentes en relación con la similitud de ambas situaciones.

ciada la semejanza entre ambas situaciones, no estima necesario «examinar la regla del agotamiento previo de las vías de recurso discutida en el litigio principal a la luz del principio de efectividad.» Esto es, no entra en el pelia-gudo asunto, aun sin concluir, del alcance de la devolución de los tributos contrarios al DUE una vez que han prescrito los plazos para instar su devolución.

En mi opinión, el TS no estaba obligado a formular la consulta en los términos en que lo hizo debido a dos razones fundamentales: por un lado a que ambas situaciones, a pesar de su aparente similitud, no son comparables al menos en este caso concreto; en segundo lugar, porque creo que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales, globalmente considerado, es menos beneficioso que el diseñado por el TJUE. Ambas cuestiones se estudian en los siguientes apartados.

Más recientemente, el TS ha vuelto a dar otra vuelta de tuerca a este asunto. En determinadas acciones por responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del DUE tras la STJUE de 3 de junio de 2010 (C-487/08), varios recurrentes pusieron de manifiesto ante el TS que de conformidad con el principio de equivalencia no es posible exigir que la violación del DUE sea especialmente caracterizada —como viene exigiendo la jurisprudencia del TJUE y del propio TS— cuando en el caso de la responsabilidad del Estado legislador por aprobar leyes inconstitucionales la gravedad de la infracción no es relevante a efectos indemnizatorios⁶⁰. Los problemas que presenta esta batería de casos son en realidad los que reproduce en la actualidad la LRJSP al establecer requisitos sustantivos distintos para determinar el derecho a una indemnización del Estado legislador por infringir la Constitución y el DUE. Debido a que al propio TS le asaltan dudas respecto al alcance del principio de equivalencia referidas a si proyecta solo sobre cuestiones procesales o abarca también a la regulación sustantiva, motu proprio, emplazó a las partes y al Ministerio Fiscal para que se pronunciaran sobre la procedencia de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE tendentes a aclarar el alcance del principio de equivalencia. Sin embargo, en la STS de 22 de septiembre de 2014 se acordó finalmente no acudir al mecanismo del art. 267 TCE al considerar que no se cumplía el presupuesto para aplicar el principio de equivalencia ya que las acciones por incumplimiento de la Constitución y del DUE no son similares.

⁶⁰ En esta batería de asuntos, la violación del DUE (el art. 63 TFUE) no podía considerarse especialmente caracterizada pues tenía por objeto una norma que no estaba suficientemente aclarada al momento de aprobarse la legislación española declarada posteriormente contraria al DUE.

Se trata, sin duda, de una rectificación en toda regla de lo acordado en su ATS 1 de febrero de 2010 que dio lugar a Transportes Urbanos. Esta vez el TS considera que ambas acciones no son similares debido a que la declaración de inconstitucionalidad —salvo casos realmente excepcionales según el TS— lleva aparejada su invalidación y, sin embargo, la estimación de la declaración de incumplimiento por el TJUE no determina, *por sí sola*, la invalidez de la ley nacional⁶¹. En mi opinión, había argumentos más sólidos que el ahora aducido por el TS para haber sostenido ya esta posición en el asunto Transportes Urbanos.

VI. ¿SON COMPARABLES LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN QUE POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO EUROPEO?

Son muchos los autores que se han pronunciado, antes y después del auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, a favor de que el régimen de responsabilidad se extienda a aquellos supuestos en los que el legislador emana leyes contrarias al DUE al considerar que ambas acciones son semejantes⁶². Según esta corriente doctrinal, la única diferencia que existe entre ambas si-

⁶¹ El argumento utilizado por el TS en este caso para declarar la falta de similitud de las acciones, aunque formalmente correcto, no acaba de resultar convincente. Por un lado porque, como se expondrá más adelante, no parece corresponderse con la realidad la afirmación de que la declaración de inconstitucionalidad, salvo casos verdaderamente excepcionales, lleve aparejada la nulidad con efectos *ex tunc* en los casos en los que dicha declaración dé lugar a la devolución de ingresos indebidos.

⁶² *Vid.* en este sentido, Checa (2006): 224. En la misma línea que el autor referido, Moreno (2009): 125-130, ha valorado positivamente el planteamiento de la cuestión prejudicial al considerar que un tratamiento procesal diferenciado para hacer viable la declaración de responsabilidad del Estado legislador por vulneración de la Constitución y del DUE, exigiendo en este último caso requisitos más estrictos que para el primero, vulneraría el principio de equivalencia y la primacía del DUE. Asimismo, Alonso García, C. (2010): 78 también aprecia esta similitud, aunque es partidaria de una revisión a fondo de la doctrina del TS sobre la responsabilidad del Estado legislador por la elaboración de leyes inconstitucionales. Según C. Alonso García, una vez que la doctrina del TS ha admitido que el Estado debe responder de los daños que fueran consecuencia de una ley inconstitucional, aun en los casos en los que los actos de aplicación fueran firmes y consentidos, no se puede cercenar esa posibilidad cuando la génesis de la lesión se halla en una ley anticomunitaria. En términos absoluta-

tuaciones es que en un caso la norma infringida por el legislador es la Constitución y en el otro, el DUE. De hecho, es difícil, aunque no imposible, encontrar referencias bibliográficas que pongan en cuestión tal afirmación⁶³. Yo me sumo a la corriente claramente minoritaria, ahora seguida también por el TS, porque creo que se puede sostener que existen algunas diferencias sustanciales entre ambas reclamaciones que pueden dar lugar a que no resulte de aplicación ni el principio de equivalencia ni el de aplicación del régimen jurídico interno en caso de ser más favorable. A continuación se exponen algunas razones que, en mi opinión, podía haber tenido en cuenta el TS para no interponer cuestión prejudicial en Transportes Urbanos.

En primer lugar, me parece que no es comparable la situación en la que se encuentra el legislador en su deber de respetar la Constitución que una Directiva. El legislador «no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece»⁶⁴. Esta lógica, aplicable a las normas constitucionales⁶⁵, no es comparable a la naturaleza de las Directivas, ni a la posición que el legislador tiene respecto de éstas. Sin entrar ahora a polemizar acerca de las relaciones entre el DUE y la ley nacional posterior, es evidente que la Directiva no tiene ni rango constitucional (o equivalente), ni opera en consecuencia como parámetro de validez al modo en que lo hace la Constitución, ni puede considerarse jerárquicamente superior a la ley nacional, característica que indudablemente sí es predicable de la Constitución⁶⁶. La vinculación del legislador a la Directiva atiende a otras consideraciones de diverso orden que no pueden en modo alguno hacerse equivalentes a la sujeción de éste a la Constitución.

A partir de estas premisas, puede sostenerse, tal y como ha señalado Alonso García (2009), que la posición del legislador a la hora de *ejecutar* el DUE derivado —y más aun en el caso de las Directivas— será homologable,

mente rotundos, lo hace también Ruiz Zapatero (2009): 12 y 13. Más recientemente, también mantiene esta tesis Cobreros (2015): 42 y ss.

⁶³ Solo he encontrado una: *vid.* Alonso García, R. (2009): 185-186. Más adelante, en el texto principal, expondré las razones de su discrepancia a propósito de la falta de similitud entre ambas acciones.

⁶⁴ STC 209/1987, FJ 3.

⁶⁵ Como señala Jiménez Campo (1998): 179, la libre configuración del legislador es variable en atención a la delimitación más estricta o más laxa de la norma constitucional.

⁶⁶ Según reiterada doctrina del TC (*vid.*, por todas STC 215/2014), ni el art. 93 ni el principio de primacía del Derecho de Unión han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, de rango constitucional. Al respecto, *vid.*, en actualiza síntesis, López Castillo (2016).

en el plano estrictamente interno, a la posición que ocupa el gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la hora de desarrollar la ley⁶⁷. De ahí, que puestos a buscar términos de comparación en el caso de Transportes Urbanos habría que haber acudido, más que a la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales, a la doctrina de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que, según reiterada jurisprudencia consolidada del TS, encuentra su límite en la doctrina del acto consentido. Máxime teniendo en cuenta que el sistema de fuentes de la Unión no distingue entre órganos que emanan exclusivamente actos legislativos y actos ejecutivos y, en consecuencia, no dispone de dos sistemas de responsabilidad claramente diferenciados, uno para los actos legislativos y otro para los ejecutivos. La diferencia fundamental que ha marcado el diseño del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual por el incumplimiento del DUE ha sido el margen de apreciación de la norma infringida, claramente ligado al respeto hacia el órgano que tiene en sus manos margen de maniobra para decidir, algo similar a la libertad de configuración del legislador.

En segundo lugar, el margen de apreciación del legislador en su deber de sometimiento a la Constitución y a la Sexta Directiva Europea tampoco podían presentarse en términos de semejanza en Transportes Urbanos. En efecto, hay que tener en cuenta que la acción de responsabilidad que dio lugar en este caso tiene su origen en la STJUE de 6 de octubre de 2005 dictada como consecuencia de un recurso por incumplimiento que presentó la Comisión contra el Reino de España ante el TJUE debido a que la legislación española en materia de IVA se estimaba por aquella contraria a la Sexta Directiva. El día 21 de mayo de 1999, esto es, antes de la interposición del recurso por incumplimiento y antes también de que transcurriera el plazo de solicitud de rectificación de las autoliquidaciones afectadas por la Ley, la Comisión envió al Reino de España una solicitud de información respecto a la Ley del IVA, de tal manera que la sospecha acerca del incumplimiento aun no declarado, ya había trascendido a la opinión pública española.

Tanto la STJUE de 6 de octubre de 2005 (C-204/03) como las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro no dejan lugar a dudas acerca de la manifiesta infracción por parte del legislador español de algunas de las normas de la Sexta Directiva que, además de estar claramente redactadas, habían sido reiteradamente interpretadas por el TJUE en el sentido de que «no dejan a los Estados miembros ningún margen de apreciación en lo que se refiere a su aplicación». La norma española, según las conclusiones del Abogado General en el citado procedimiento, «es, *sin lugar a dudas*, incompatible con lo dis-

⁶⁷ Alonso García, R. (2009): 185-186.

puesto por la Sexta Directiva»⁶⁸. El legislador, aunque pretendiendo mejorar los resultados impuestos por la Directiva, no solo no se atuvo al tenor literal de ésta, sino que además actuó sin tener en cuenta un acervo jurisprudencial ya añejo referido al margen de maniobra del que disponían los Estados miembros a la hora de regular concretamente el alcance y los límites del derecho a deducción del IVA⁶⁹. El hecho de que la infracción del DUE se produjera en los términos expuestos, tuvo como consecuencia que el TJUE no accediera a la petición del Estado de limitar en el tiempo los efectos de su sentencia debido a que «es necesario que pueda acreditarse que las autoridades estatales fueron incitadas a adoptar una normativa o a observar una conducta contraria al Derecho comunitario en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión. Pues bien, en este caso no existía tal incertidumbre»⁷⁰.

La conducta antijurídica del legislador se produce en este caso según el TJUE respecto a una norma claramente redactada, que contiene reglas, y que además ha sido objeto de interpretación en reiteradas ocasiones por el alto Tribunal europeo siempre en el mismo sentido. Es evidente que el legislador, en su obligación de respetar la Constitución, no se encuentra en la mayoría de las ocasiones con una norma de estas características.

Pero es que además y más allá del argumento apuntado, la razón fundamental aducida por el TS para no exigir el agotamiento de las vías administrativas y jurisdiccionales como requisito de procedibilidad para instar la responsabilidad del Estado legislador por aprobar leyes contrarias a la Constitución es la *presunción de constitucionalidad de la ley*. Según el TS, esta presunción de

⁶⁸ El subrayado lo he añadido yo.

⁶⁹ Según las Conclusiones del Abogado General (ap. 16 y 17): «(...) la limitación del derecho a deducción por causa de la concesión de subvenciones no vinculadas al precio, solo afecta, a tenor de los arts. 17 y 19 de la Sexta Directiva, a los sujetos pasivos mixtos y, en lo que a estos se refiere, puede aplicarse únicamente con arreglo a la fórmula de prorrateo prevista en el art. 19. En este sentido la Ley del IVA se extralimita doblemente: por una parte, amplía el ámbito de aplicación de dicha limitación a sujetos pasivos no incluidos en el mismo y, por otra, impone a los que sí lo están una limitación al margen de la fórmula establecida en la Sexta Directiva. (...) (E)s jurisprudencia reiterada que <solo se permiten excepciones [al derecho a deducción] en los casos previstos expresamente por la Directiva».

⁷⁰ El Abogado General Poiars Maduro se mostró también en términos absolutamente rotundos en el sentido de informar desfavorablemente respecto a la solicitud de limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia al considerar que «el Reino de España no podía ignorar que su normativa era incompatible con las disposiciones de la Sexta Directiva».

acomodación de la norma con rango de ley al texto constitucional no puede tener como efecto o consecuencia que los ciudadanos impugnen todos y cada uno de los actos que realizan por si algún día la ley que sirve de cobertura a aquéllos es declarada inconstitucional por el TC. Esto, según el TS, supondría un volumen de litigiosidad desproporcionado y, por tanto, inaceptable⁷¹. Y es que, con carácter general, es difícil encontrar en la jurisprudencia constitucional casos en los que resulte patente o flagrante la vulneración de la Constitución. Como establece un sector doctrinal, determinar cuándo una ley es o no constitucional es, en la mayoría de las ocasiones, una cuestión de matiz que depende además de la interpretación que de ésta realice en un momento determinado el TC⁷². La idea de «Constitución dinámica» permite además afirmar que la interpretación de las normas constitucionales puede ir variando con el paso del tiempo y con las nuevas realidades y sensibilidades sociales de tal manera que el hecho de la inconstitucionalidad es, en muchos casos, una cuestión de interpretación constitucional que puede variar con el paso del tiempo en atención a distintos factores⁷³. Es evidente que esta no era la situación en la que se encontraba el legislador en su obligación de respeto a algunas de las normas de la Sexta Directiva.

Pues bien, aunque no estoy de acuerdo ni con la conclusión ni con la argumentación aducida por el TS, ya que creo que la defensa de la Constitución es cosa de todos —también de los ciudadanos— y que no deben estar en la misma posición los que recurrieron un acto que los que se aquietaron al mismo, podría justificarse precisamente en atención al carácter abierto de las normas constitucionales y a la impredecibilidad del juicio de su conformidad o no con la Constitución, el hecho de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se extienda a aquellos que se aquietaron a los actos aplicativos de una ley declarada posteriormente inconstitucional, precisamente porque creyeron que era conforme con la Norma Suprema. Sin embargo, este argumento, pierde totalmente el sentido cuando el legislador no se ajusta a las exigencias claras y precisas, derivadas de una Directiva. En estos casos, más que en el terreno de las presunciones, estamos ante la evidencia de la contravención de la norma

⁷¹ *Vid.*, entre muchas otras, el FJ 8, STS de 13 de junio de 2000 (RJ\2000\5939).

⁷² Jiménez Campo (1998b): 112. Según Ahumada (2001): 355. «la declaración de inconstitucionalidad es tan imprevisible como lo pueda ser la derogación».

⁷³ Según Zagrebelsky (2008): 76, nota 21, ni la Constitución ni el Derecho en su conjunto deben ser concebidas «como un conjunto de fórmulas legislativas con significado en sí y de por sí, es decir, insensibles al contexto jurídico social circundante, como una especie de red en la cual automáticamente caen, como en una trampa preparada, los comportamientos ilícitos».

comunitaria, por lo que quizás no resulte en absoluto irrazonable exigir a los afectados por la norma que recurran los actos de aplicación. La coartada de la creencia del ciudadano en la presunción de validez de la norma, que es la que sostuvo la tesis del TS en el caso de gravamen complementario y en la que se basó para no exigir la impugnación de los actos de aplicación de la ley, brilló por su ausencia en Transportes Urbanos. Este es un argumento simple pero evidente. Hay otro que creo que no debo dejar de enunciar. La presunción de validez de la ley con su conformidad a la Constitución no puede trasladarse al DUE. Éste último, en cuanto integrado en el ordenamiento jurídico nacional, gozará también de la presunción de constitucionalidad⁷⁴, pero no puede erigirse ni en parámetro de validez al modo en que lo hace la Constitución respecto a la ley, ni puede operar respecto del mismo presunción alguna, ya que lo que rige es el principio de primacía del DUE sobre el nacional⁷⁵. Es decir, el principio de primacía, de enunciar alguna presunción de validez, que creo no lo hace, se decanta por la comunitaria en detrimento de la nacional.

Volviendo de nuevo al margen de apreciación del que dispone el legislador, hay que señalar que la tesis mantenida en este trabajo no implica afirmar que toda infracción del DUE sea siempre y en todo caso evidente. Habrá normas insertas que sean tan abiertas como algunas de nuestras normas constitucionales y respecto de las cuales los poderes públicos de los Estados miembros tengan dudas en cuanto a cómo deben ser interpretadas y, en consecuencia, ejecutadas en nuestro ordenamiento interno⁷⁶. Pero en estos casos, en los

⁷⁴ Presunción que, naturalmente, admite prueba en contrario en la medida en que puede ser objeto de control de constitucionalidad tal y como establece la LOTC. *Vid.* en este sentido, Requejo (1992): 49.

⁷⁵ Aunque no en los mismos términos que los expuestos en el texto principal, el Abogado General Poaires Maduro, sostuvo en las Conclusiones presentadas el 9 de julio de 2009 que las situaciones que se planteaban como similares en la cuestión prejudicial, «no son realmente comparables» debido a que «la deferencia respecto a la ley nacional impuesta a la administración en el marco del ordenamiento constitucional interno no puede pura y simplemente trasplantarse al marco de las relaciones entre este ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico comunitario». La presunción de constitucionalidad de la ley requiere en todo caso, esto es, también en los que nos encontremos ante una vulneración manifiesta de la Constitución, que solo el juez constitucional puede «deshacer esta presunción». Ésta, sin embargo, no es predicable respecto a la ley interna que contraviene el DUE ya que en estos casos, más que una presunción de conformidad al Derecho de la Unión, opera la aplicación del principio de primacía.

⁷⁶ Esta circunstancia, esto es, la falta de claridad de la norma comunitaria, no traería como consecuencia automática la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del

que ni la norma es clara ni la jurisprudencia tampoco, ante una declaración de incumplimiento o de incompatibilidad por parte del TJUE, lo más probable es que éste procediera a limitar hacia el pasado los efectos de la declaración de incumplimiento ya que según doctrina reiterada procederá acceder a tal petición de los Estados Miembros cuando exista una «situación de incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias»⁷⁷. Ahora bien, ¿no estaríamos entonces ante un impedimento, la limitación de los efectos de la declaración de incompatibilidad, que haría imposible que prosperase la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador? ¿O es que en este caso, la limitación de los efectos ordenada por el TJUE, no tendría la misma consecuencia que la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por el TC?

En tercer lugar, las finalidades previstas por ambos regímenes de responsabilidad no son realmente comparables⁷⁸. El régimen de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del DUE tiene sobre todo un fundamento de carácter sancionador, de tal manera que es un instrumento más orientado a penalizar los incumplimientos impuestos por el DUE que a resarcir los daños que sufran los particulares como consecuencia de una actuación antijurídica de los Estados miembros o de las Instituciones Comunitarias. De ahí, que solo generen responsabilidad extracontractual aquellas violaciones que se consideren «suficientemente caracterizadas». Esta instrumentalización de la acción indemnizatoria no se atisba en la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador creada por el TS. El Alto Tribunal español parece apostar por una finalidad reparadora en la medida en que no lo impidan exigencias de interés general a través de la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. La vinculación y adhesión del legislador a la Constitución, es decir, a aquellas cuestiones que se sustraen al principio de la mayoría, se presupone a estas alturas de andadura constitucional y, sobre todo, en periodos de normalidad democrática. No sucede así, sin embargo respecto a la

Estado legislador por leyes inconstitucionales ya que, en mi opinión, no es la característica más sobresaliente que sirve para diferenciar la acción de responsabilidad de leyes inconstitucionales por la acción de responsabilidad por leyes anticomunitarias. Tal como ha señalado Ferreres (2003): 108-110, no puede establecerse una distinción entre Constitución y normas comunitarias en atención al nivel de precisión de los enunciados de sus disposiciones, ya que hay normas comunitarias que tienen un nivel de abstracción importante, lo que ha justificado además la implantación de un sistema, la cuestión prejudicial al TJUE, que tiene por objeto la unificación de los criterios interpretativos.

⁷⁷ *Vid.* en este sentido, entre otras, STJCE de 15 de marzo de 2004, Bidar, as. C-209/03).

⁷⁸ *Vid.* en contra de la tesis mantenida aquí, Cobreros (2015): 44.

totalidad del Derecho de la Unión. Éste todavía debe contar con instrumentos que aseguren el cumplimiento de todos los Estados miembros, no solo a las finalidades y objetivos de la Unión, sino a cada una de las medidas adoptadas por sus órganos⁷⁹. Y es que, en definitiva, puede sostenerse que la función que cumple la Constitución no es equiparable en modo alguno a la totalidad del Derecho Europeo.

VII. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DISEÑADO POR EL TS ES MENOS FAVORABLE, GLOBALMENTE CONSIDERADO, QUE EL QUE PREVISTO POR EL TJUE

A pesar de que se considerara que los sistemas de responsabilidad por incumplimiento de la Constitución y del Derecho europeo son comparables, hay otro argumento para sostener que la LRJSP, en la medida en que establece diferencias entre ambos regímenes jurídicos, no es contraria ni a las obligaciones que se derivan del principio de equivalencia ni a la jurisprudencia del TJUE a propósito de la obligación de los Estados de aplicar el régimen jurídico interno en materia de responsabilidad si éste fuera más favorable que el europeo. En mi opinión, una comparación entre ambos sistemas jurídicos de responsabilidad, llevaría aparejada la elección del sistema de responsabilidad europeo por ser éste más beneficioso para el administrado que el previsto por nuestro ordenamiento jurídico.

Hay que recordar que la comparación entre ambos sistemas debe llevarse a cabo, no a partir de los elementos configuradores del régimen jurídico aisladamente considerados, sino de forma global o abstracta. La operación consistente en aplicar de forma heterogénea criterios de uno y otro sistema no sería admisible porque no supondría la aplicación del principio de equivalencia ni del régimen de responsabilidad más beneficioso sino otra cosa. A continuación se analizan, desde distintas perspectivas, los diferentes sistemas de responsabilidad. No obstante, tengo que advertir al lector que, también respecto de este asunto, mantengo tesis contrarias a la opinión manifestada por los autores que hasta ahora se han ocupado del tema⁸⁰. Naturalmente,

⁷⁹ El principio de responsabilidad viene así a complementar a los de primacía y efecto directo. *Vid.*, en relación con este asunto y con la potencialidad que ya se auguraba al principio de responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho Comunitario Europeo, López Castillo (1996): 24-25.

⁸⁰ *Vid.* en este sentido, además de los autores ya indicados en la nota 63, E. Guichot (2001): 573- 574; Alonso García, R. (2009): 180 y 181. Aunque este último autor

esta es solo una aportación más que pretende abrir el debate desde otras perspectivas.

1. EN ATENCIÓN A NORMAS INFRINGIDAS

En relación con el derecho vulnerado, uno de los requisitos para que pueda nacer la acción de responsabilidad es infinitamente más amplio el ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad comunitario. El elaborado por el TS respecto a las leyes inconstitucionales solo se activa cuando la *ley* es declarada contraria a la Constitución. Sin embargo, el incumplimiento de cualquier norma de DUE, con independencia del rango y de su ubicación en el sistema de fuentes, bastará para activar el sistema de responsabilidad. Es evidente, que no es posible comparar los 169 preceptos de la Constitución con el ordenamiento de la Unión Europea.

2. EN ATENCIÓN A LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO/ INCOMPATIBILIDAD DEL DERECHO INFRINGIDO

Para activar el sistema de responsabilidad por leyes inconstitucionales es preciso que el TC declare, a través de un proceso de control de constitucionalidad, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley. Sin embargo, no es preciso que tal declaración de incompatibilidad o de incumplimiento sea una *conditio sine qua non* para afirmar la responsabilidad extracontractual ya sea de los Estados Miembros o de las Instituciones Comunitarias por el incumplimiento del DUE.

Esta última afirmación, a pesar de constituir doctrina reiterada del TJUE, es resaltada en su sentencia de 26 de enero de 2010 en la que resuelve la cuestión prejudicial planteada en su día por nuestro TS⁸¹. Hay que tener en cuenta

sostuvo que no puede aplicarse el principio de equivalencia porque ambas situaciones no pueden considerarse semejantes, entiende que resulta más favorable para el administrado la aplicación del régimen de responsabilidad del Estado Legislador por leyes inconstitucionales que el régimen de responsabilidad extracontractual diseñado por el TJUE, ya que en el primero funciona el binomio incumplimiento-responsabilidad, no siendo exigible que la violación sea «suficientemente caracterizada». Plaza (2010): 39-40. Más recientemente, también ha respaldado esta tesis Rodríguez de Santiago (2011): 156 y ss., y Cobrerros (2015): 59.

⁸¹ En el FJ 38 se expone: «Ahora bien, procede señalar que, contrariamente a lo que parecen sugerir determinados planteamientos de la jurisprudencia controvertida, (...), la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el

que debido al creciente número de asuntos que acceden al TJUE, éste puede incluso inadmitir cuestiones prejudiciales cuando ya no exista ninguna duda interpretativa que aclarar porque la cuestión de Derecho planteada en la cuestión ya hubiera sido resuelta por el TJUE en un asunto análogo, incluso a falta de una identidad estricta de las cuestiones debatidas⁸². De darse este último supuesto, el juez debería conformarse con la inadmisión de la cuestión y debería, llegado el caso, inaplicar la norma con rango de ley para asegurar la primacía del DUE. Los requisitos que desde esta perspectiva son exigibles para que nazca la obligación de indemnización son más flexibles en el caso europeo.

3. EN ATENCIÓN A LAS CAUSAS QUE PUEDEN EXCLUIR LA ACTIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Como ya se ha subrayado anteriormente, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales solo podrá declararse, no solo si hay sentencia constitucional estimatoria de la inconstitucionalidad, sino además si el TC no limita los efectos de dicha declaración. Como ya se ha expuesto, el TS no ha dudado en absoluto en exigir que se cumpla esta condición ya que de lo contrario se «desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional»⁸³.

Si en los primeros años de jurisprudencia constitucional, el TC aceptaba con naturalidad que la declaración de inconstitucionalidad debía llevar aparejada la declaración de nulidad, no ha sido así desde hace ya algún tiempo. Creo que no es necesario pararme en explicar esta tendencia del TC. Sin embargo, esta técnica de limitación *ratione temporis* de los efectos de las sentencias no funciona de la misma manera en el caso del TJUE. Este es, me parece, el punto que pone en evidencia la gran diferencia que existe entre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del DUE y por infracción de lo dispuesto en la Constitución. Y es que, el presupuesto sobre el que se activa en uno y en otro caso la responsabilidad del Estado legislador arroja resultados muy dispares que inclinan la balanza a una mayor responsa-

Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción (véanse, en este sentido, las sentencias *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartados 94 a 96; de 8 de octubre de de 1996, *Dillenkofer* y otros, C-178/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. P. I-4845, apartado 28, y *Danske Slagterier*, apartado 37)».

⁸² *Vid.* en este sentido, STJUE CLIFIT, en especial par. 13 y 14).

⁸³ STS, Sección Sexta, de 24 de mayo de 2005, FJ 3, RJ 2005\4986.

bilidad del Estado legislador por el hecho de leyes anticomunitarias frente a la responsabilidad por el hecho de leyes inconstitucionales. Me parece que ya solo este dato, podía haber llevado al TS a evitar el planteamiento de la cuestión prejudicial o, al menos, a señalar en el Auto de planteamiento este criterio como el presupuesto del cual depende la activación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador leyes inconstitucionales.

Por lo que a las leyes tributarias se refiere, antes de la doctrina del gravamen complementario que da lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales, la práctica de la jurisdicción constitucional había demostrado que los dos ámbitos en los que el TC limitaba la eficacia hacia el pasado de la declaración de nulidad más allá de lo que preveía el ordenamiento jurídico vigente eran el de las leyes tributarias o de otros sectores que, sin ser el estrictamente tributario, supusieran la devolución de ingresos efectuados a la Hacienda Pública y las procesales⁸⁴. Las justificaciones aducidas por el TC para la limitación de los efectos, aunque generalmente escuetas, respondían entonces a diversas causas. Entre ellas, cabe destacar en relación con el objeto de este trabajo las que causaran «graves perjuicios y perturbaciones (...) a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas y particularmente a la política económica y financiera del Estado»⁸⁵.

La decisión sobre los efectos de la declaración de nulidad no está sujeta en la práctica del TC a reglas que puedan arrojar resultados precisos en su actuación. Son muchos los factores que, sin duda, valora el TC: la materia sobre la que versa la ley, el tiempo que ha estado en vigor, el número de afectados por la norma, etc. Pero, en la práctica, si se trata de una ley tributaria o generadora de un derecho a devolución a favor de los ciudadanos, hay serias razones para esperar una limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Si esto ya era así antes de la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador, en la actualidad lo habitual es que toda declaración de inconstitucionalidad que suponga devolución de ingresos indebidos o ulterior indemnización conlleve la limitación de los efectos de la declaración hacia el pasado.

⁸⁴ *Vid.*, en este sentido, Gómez Montoro (2001): 621, que cita una batería de sentencias en las que, de no haberse limitado hacia el pasado la eficacia de la declaración de nulidad, hubieran obligado a la Hacienda Pública a devolver los ingresos efectuados en su día por los ciudadanos en aplicación de la ley: SSTC 45/1989, 146/1994, 195/1994, 185/1995, 194/2000, 289/2000, 179/1994 y 180/2000. Las dos últimas no se refieren a leyes tributarias, pero hubieran exigido la devolución de las cantidades ingresadas en su día.

⁸⁵ *Vid.* STC 13/1992, FJ 17. Se añade la cursiva.

Frente a los 4 supuestos que antes he mencionado que han dado lugar a indemnización en 15 años, solo en los últimos 4 años —y sin ser exhaustivos— es posible citar al menos 8 casos en los que el TC ha desactivado el derecho a indemnización como consecuencia de la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (SSTC 272/2015, 60/2015, 196/2014, 40/2014, 5/2014, 219/2013, 104/2013 y 161/2012). Esta práctica puede obedecer a diferentes razones, pero quizás una de ellas sea el tiempo que transcurre desde que se aprueba la ley hasta que se declara inconstitucional. Las justificaciones que, con carácter general, aduce el TC para limitar al futuro los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son tan genéricas y tan amplias que impiden conocer la ponderación de intereses en juego que ha hecho el TC en cada caso concreto. En efecto, en la práctica totalidad de las sentencias en las que se lleva a cabo esta práctica se afirma: «Atendiendo a la *pluralidad de valores constitucionales que concurren* debemos traer a colación... el *principio de seguridad jurídica* (art. 9.3 CE)».

Son por tanto esta «pluralidad de valores constitucionales» junto a la «seguridad jurídica» los que en la actualidad utiliza el TC para limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en consecuencia, desactivar las ulteriores reclamaciones indemnizatorias por responsabilidad del Estado legislador. Creo que esta práctica constitucional, en la actualidad generalizada, es criticable en la medida en que impide conocer las causas concretas que condicionan la ulterior obtención de una indemnización y, en definitiva, los requisitos que deben concurrir para tener derecho a ésta. O en otros términos, no permiten conocer los requisitos de nuestro sistema interno de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales. No estoy en contra de la técnica de la modulación de los efectos, sino de la forma en que está siendo aplicada por el TC. No creo que sea exagerado afirmar que, en realidad, lo más que podemos prever ante una ley declarada inconstitucional que conlleve la devolución de ingresos indebidos es que se limitarán los efectos de tal declaración. La nueva regulación prevista en la LRJSP no parece que vaya alterar esta práctica ya que el art. 35.1 establece como indemnizables «los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley (...), *salvo que la sentencia disponga otra cosa*». A la vista de lo expuesto, no se puede afirmar que en nuestro sistema de responsabilidad funcione el binomio inconstitucionalidad-indemnización, como si de un sistema de responsabilidad objetivo se tratase. Como ya se ha expuesto anteriormente, su activación está condicionada a la concurrencia de determinados factores que se analizan en sede constitucional pero que no se explicitan detalladamente en sus sentencias.

Procede analizar ahora cuál es la práctica del TJUE. Aunque los Tratados no contienen una norma que establezca las reglas que orienten los poderes del

TJUE a la hora de limitar los efectos de la declaración de incompatibilidad de la normativa de un Estado Miembro con el DUE, sí existe tal previsión en aquellos casos en los que tal declaración se produce respecto a los actos de las Instituciones Comunitarias a través del recurso de anulación⁸⁶. La regla general será la nulidad con efectos *ex tunc*.

A través del principio de analogía, el TJUE ha aplicado estos criterios a los casos en los que se declara la incompatibilidad de los actos de los Estados miembros con el DUE. Ello significa que la regla general es que los efectos en el tiempo de la declaración de incumplimiento o incompatibilidad serán *ex tunc* y solo de forma excepcional será posible una limitación de los efectos hacia el pasado⁸⁷. Así, con carácter general, el TJUE solo limita los efectos de sus sentencias cuando, además de otros elementos, existe una situación objetiva de incerteza con respecto a la norma comunitaria vulnerada. Solo en aquellos casos en los que el sentido de la norma comunitaria ofrece lugar a dudas, ya sea porque la norma no está bien redactada, o porque no haya sido aclarada por el TJUE, o porque las Instituciones Comunitarias hayan incitado a error a los Estados Miembros, será posible la limitación de los efectos en el tiempo⁸⁸. Según el TJUE, las repercusiones económicas y financieras para el Estado infractor no bastan por sí solas para justificar la limitación de los efectos de sus sentencias.

Estos criterios podían haber sido flexibilizados como consecuencia del planteamiento de algunas cuestiones prejudiciales referidas a normativas de distintos Estados miembros que, de estimarse su incompatibilidad con el ordenamiento europeo, hubieran dado lugar al desembolso de importantes cantidades que ocasionarían graves dificultades financieras y económicas a los Estados infractores. Este cambio jurisprudencial hubiera supuesto, más que

⁸⁶ Acción prevista en el art. 263 TFUE (antiguo 230). A su través pueden ser impugnados ante el TJUE actos decisorios de las instituciones comunitarias que producen efectos jurídicos frente a terceros. Los efectos de la sentencia del TJUE para el caso de que éste estimara el recurso están previstos en el art. 264 TUE: «Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. Sin embargo, el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos».

⁸⁷ El TJUE no solo puede pronunciarse sobre los efectos de la declaración de incompatibilidad en las decisiones prejudiciales, sino que ha extendido tal posibilidad a los recursos por incumplimiento. Pueden verse en este sentido las SSTJCE de 12 de septiembre de 2000 (C-359/97), de 6 de octubre de 2007 (C-204/03), 19 de marzo 2002 (C-426/98).

⁸⁸ *Vid.*, entre otras, SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, as. C-184/99, y más recientemente la de 15 de marzo de 2004, Bidar, as. C-209/03.

una innovación, una vuelta a los criterios que el TJUE manejó en el pasado y que, por cierto, fueron tenidos en cuenta por algunos Tribunales Constitucionales para acoger la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales⁸⁹. Me refiero, sobre todo, al asunto *Meilike* (C-292/04) en el que, según se desprende de la sentencia, de advertirse dicha incompatibilidad y de no limitarse en el tiempo los efectos de la sentencia del TJUE, obligaría al Estado alemán a devolver 5.000 millones de euros. Debido a los graves perjuicios económicos y financieros que una hipotética obligación de devolución conllevaría para los Estados, los Abogados Generales que siguieron causas de este tipo dedicaron una buena parte de sus informes a dotar de buenos argumentos al TJUE para que mitigara los efectos de una hipotética declaración de incompatibilidad⁹⁰.

A pesar de ello, el TJUE no flexibilizó su doctrina en relación con la limitación de los efectos hacia el pasado, lo que ha venido a confirmar que las consecuencias financieras que podrían derivar para un Estado como consecuencia de una sentencia dictada en el marco de una cuestión prejudicial no bastan, al menos por sí solas, para justificar la limitación de los efectos en el tiempo de la resolución que ponga de manifiesto la incompatibilidad entre la obligación impuesta por el DUE y la actuación u omisión del Estado infractor. Admitir lo contrario supondría según el TJUE, que las infracciones más graves, por haber perdurado más en el tiempo, recibirían un trato más favorable en la medida en que son éstas las que pueden generar las consecuencias

⁸⁹ Me refiero a la doctrina del caso *Defrenne*, STJCE de 8 de abril de 1976, que fue especialmente tenida en cuenta por E. García de Enterría (1989) para dar la bienvenida a la asunción de esta doctrina por nuestro TC en la STC 45/1989.

⁹⁰ Son interesantes en este sentido las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 17 de marzo de 2005 en el as. C-475/03 (*Banca Popolare di Cremona c. Agencia Entrate Ufficio Cremona*), en las que sugiere al TJUE que, para evitar «el peligro de perturbar muy seriamente la financiación regional —con improbables beneficios globales a largo plazo para los contribuyentes, ya que cualquier déficit en la financiación deberá previsiblemente suplirse mediante otros impuestos— (...) inspirarse en el [modelo] con frecuencia utilizado por el Tribunal Constitucional alemán: una declaración de incompatibilidad sujeta a una fecha futura». Finalmente el TJUE concluyó que la normativa italiana no era contraria al Derecho Europeo. Solo cabe esperar que tal declaración no viniera en realidad motivada por los efectos tan perjudiciales que hubiera provocado una declaración de incompatibilidad. Retomando lo expuesto en la nota anterior, no deja de ser curioso que la doctrina del caso *Defrenne* fuera tomada en consideración por algunos Tribunales Constitucionales europeos para acoger la doctrina prospectiva y que sin embargo ésta haya sido abandonada por el TJUE. ¿Se completará alguna vez el círculo?

económicas más cuantiosas. La regla general por tanto, es que, salvo que el DUE no fuera suficientemente claro o aclarado, los efectos de sus pronunciamientos tendrán efectos *ex tunc*. O dicho en otros términos, si la violación es suficientemente caracterizada, debe concederse una indemnización por los daños generados.

Comparando en este punto ambos sistemas de responsabilidad puede observarse que los argumentos que puede aducir el TC para limitar en el tiempo los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en consecuencia, para hacer inviable la declaración de responsabilidad del Estado legislador que generen un derecho a indemnización, son al menos hasta ahora, infinitamente más poderosos de los que dispone el TJUE.

Es esta argumentación la que me lleva a no compartir en absoluto la premisa de la que parte el TJUE en su Sentencia de 26 enero de 2010 cuando afirma que «si Transportes Urbanos hubiera podido fundamentar su reclamación de responsabilidad patrimonial en una sentencia del Tribunal Constitucional que declarara la nulidad de la misma ley por infringir la Constitución, *esta reclamación habría sido estimada*, con independencia de que dicha sociedad no hubiera solicitado la rectificación de dichas autoliquidaciones antes de que expiraran los plazos para hacerlo». Esta conclusión, que es quizás producto de la falta de información o de su carácter erróneo, no es en absoluto acertada ya que el derecho a la devolución solo hubiera surgido si el TC, tras analizar las circunstancias que concurren en el caso, entre las que se encuentra la estabilidad financiera y económica del Estado, no hubiera limitado los efectos de la declaración de inconstitucionalidad⁹¹. No sabemos con absoluta certeza qué

⁹¹ La lectura de las actuaciones evidencia que parte de las alegaciones que se han vertido tanto en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial como en las Conclusiones del Abogado General, contienen imprecisiones que han podido llevar al TJUE a hacerse una idea no del todo certera de algunas cuestiones de Derecho español. Respecto al auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, el TS no solo omite que la estimación de las acciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador dependen de que el TC no limite los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, sino que además afirma sin más precisión que la declaración de inconstitucionalidad lleva aparejada su nulidad con efectos *ex tunc*, al contrario, también según el TS, de lo que sucede cuando el TJUE declara la incompatibilidad de la ley nacional con el DUE en la medida en que tal declaración no implica la nulidad de la ley. Y por lo que se refiere a las Conclusiones del Abogado General, se contiene en el apartado 36 una referencia al recurso de amparo español que puede arrojar la falsa idea de que este instrumento procesal es idóneo para que los particulares invoquen ante el TC la inconstitucionalidad de la ley en aquellos casos en los órganos judiciales decidieron no plantear cuestión de inconstitucionalidad. En una aproximación comparativa entre

habría hecho el TC si la ley del IVA se hubiera declarado contraria a la Constitución, pero hay suficientes razones para considerar que muy probablemente hubiera limitado los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, como por otra parte ha sucedido con el IRPF y con otros tributos. Quizás esta afirmación del TJUE se produce porque el propio TS, en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, ha venido a presentar el sistema de responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales sin los debidos e importantes matices. No hay que olvidar, a la hora de comparar nuestro sistema interno y el europeo que el primero puede ser desactivado por una «pluralidad de valores constitucionales» que obligan a traer a colación «el principio de seguridad jurídica». Y, hoy por hoy, esta parece ser la regla en lugar de la excepción.

VIII. LA APUESTA POR LA TESIS INDEMNIZATORIA: UN FLACO FAVOR AL DERECHO DE LA UNIÓN

Tras la sentencia Transportes Urbanos, el TS concluyó que los perjudicados por una ley tributaria contraria al DUE que en su día consintieron sus actos de aplicación podían obtener el reembolso de las cantidades a través de la vía de la responsabilidad del Estado legislador. Esta nueva doctrina podía haber supuesto una reducción del nivel de litigiosidad interno en lo que se refiere a la tutela de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, ya que, ¿para qué instar la anulación de los actos «presuntamente» o «todavía no declarados anticomunitarios» si el perjudicado va a obtener materialmente el mismo resultado a través de la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador? Me parece que no era descabellado pensar a la vista de lo expuesto hasta ahora que la solicitud de tutela para la anulación de actos presuntamente anticomunitarios podía a ser sustituida por la vía indemnizatoria.

las posibilidades que tienen los particulares para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley o su compatibilidad con el DUE, el Abogado General llega a la conclusión de que no difieren demasiado, pero apostilla *in fine*: «Por otro lado, procede añadir que en el caso en que el justiciable no obtenga del juez nacional que conoce del litigio principal la remisión al TC de la cuestión de constitucionalidad de la ley, tiene todavía la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo, mientras que no dispone de este medio cuestionar directamente la ley respecto del Derecho Comunitario ni ante el Juez nacional ni ante el Tribunal de Justicia». Sin embargo, según doctrina reiterada del TC el amparo no es un cauce adecuado para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley, salvo si la tacha de inconstitucionalidad lo es por vulnerar derechos amparables. La reciente STC 232/2015 cambia radicalmente esta visión del problema en relación con el Derecho de la Unión.

Como ya se ha expuesto, esta jurisprudencia va a quedar sin efecto tras la entrada en vigor de la LRJSP que establece como condición para instar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador que se haya instado previamente la tutela judicial contra los actos de aplicación de una ley contraria a la Constitución o al DUE.

Esta nueva regulación debe considerarse un acierto ya que la anterior línea jurisprudencial, que propiciaba la huída de la jurisdicción para interesar la tutela de los derechos legítimos que confiere a los ciudadanos el DUE y su sustitución por la vía indemnizatoria, podía provocar varios riesgos que, contrariamente a lo que podría parecer a primera vista, debilitarían la efectividad del DUE y afectarían de alguna manera a la arquitectura judicial de la Unión.

En primer lugar, desnaturaliza la función de los órganos jurisdiccionales como garantes de los derechos que el ordenamiento (también el Europeo) confiere a los ciudadanos. La esencia de la función jurisdiccional es precisamente ésta: tutelar los derechos e intereses legítimos de los particulares. Y no es lo mismo realizar esta función de manera «automática», como lo hace un órgano subordinado a otro y que solo tiene que «decir» el derecho ya interpretado y aclarado por otros, que participar activamente, principalmente a través de la activación de la cuestión prejudicial, en la determinación del alcance de la norma europea y de su compatibilidad con el Derecho interno. Primar la vía indemnizatoria supone colocar al Poder Judicial en un escenario secundario, que claramente no le corresponde por razones funcionales, en relación con el DUE.

En segundo lugar, hace desplazar la posible responsabilidad del Estado Juez hacia el Estado legislador. Si como hemos visto, la declaración de responsabilidad extracontractual de los Estados Miembros requiere que la violación del Derecho sea «especialmente caracterizada», lo cual sucederá en los casos en los que Estados tengan nulo o escaso margen de apreciación o en aquellos en los que la norma comunitaria haya sido aclarada en un sentido determinado por el TJUE, no se explicaría muy bien que se hiciera responsable al Estado legislador por la aprobación de una ley anticomunitaria y que, sin embargo, no se declarara la responsabilidad del Estado juez que, en el curso de un proceso de impugnación del acto aplicativo de una ley presuntamente anticomunitaria, no plantea la cuestión prejudicial o no inaplica la ley nacional. O dicho de otro modo: al favorecer la vía indemnizatoria frente a la vía anulatoria, se exime a los órganos judiciales de realizar un control de adecuación del Derecho interno al DUE. Como es sabido, el TJUE ha reconocido explícitamente la posibilidad de que sea el Estado-Juez el que incurra en responsabilidad extracontractual como consecuencia del incumplimiento por parte del órgano judicial, bien de su obligación de remisión de la cuestión prejudicial, bien de su actividad interpretativa, si desconoce el sentido que el TJUE le ha

atribuido a una norma europea⁹². Este avance jurisprudencial del TJUE creo que se hacía necesario, no tanto para proteger los derechos de los ciudadanos como para vincular a los órganos judiciales, no solo al DUE, sino también a su interpretación por el TJUE. De poco valía afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en caso de que emanara normas contrarias al DUE si luego los órganos judiciales no las conocían o no las aplicaban de conformidad con la doctrina del TJUE.

Este posible desplazamiento de la vía impugnatoria a la vía indemnizatoria hubiera hecho un flaco favor al DUE en la medida en que los órganos judiciales pasarían de ser verdaderos protagonistas en el control de la adecuación del Derecho interno al DUE, a ser simples aplicadores de una decisión tomada por el TJUE a través de los recursos de incumplimiento. De algún modo, parece instalarse una suerte de control concentrado en el TJUE, alterando la arquitectura judicial de la UE. Desde luego, esta no es la mejor forma de implicar a los órganos jurisdiccionales ni en la defensa del DUE ni en participar en ese debate multilateral en relación con la interpretación del Derecho de la Unión entre los órganos nacionales de los distintos Estados Miembros (entre los que están los españoles) y el TJCE. Si el objetivo perseguido por el TJUE al reconocer la posible responsabilidad del Estado Juez es precisamente involucrar a los jueces (también a los españoles) en la correcta aplicación del DUE, se limitaría profundamente si se apuesta por instaurar la vía indemnizatoria. Las consecuencias de potenciar esta última vía van, además, en contra del papel cada vez más protagonista que deben asumir los tribunales nacionales en la supervisión de la correcta aplicación del DUE. Solo desde esta perspectiva es posible entender el caso Köbler⁹³.

⁹² *Vid.* STJE de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, as. Köbler y STJCE de 13 de junio de 2006, C-173/03, as. Traghetti del Mediterraneo.

⁹³ El importante papel que deben desarrollar los tribunales nacionales en la tutela de los derechos que el ordenamiento de la Unión confiere a los ciudadanos, están expuestas de forma magistral por el Abogado General P. Cruz Villalón en las Conclusiones presentadas en el asunto C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov contra Natsionalna zdravnoosiguritelna Kasa*, en especial en los apartados 20 a 38. Aunque en este caso la cuestión que se discute es otra, las alegaciones del Abogado General me parece que pueden ser extrapoladas a este caso. Según P. Cruz, la aparición y consolidación de la jurisprudencia que exige la responsabilidad del Estado-Juez por los incumplimientos del DUE, que viene a modificar las bases hasta las que ahora se asentaba la relación entre la Justicia de la Unión y los tribunales nacionales, ha de tener como contrapartida un reforzamiento de los principios de seguridad jurídica y de autonomía procesal nacional, pero también un mayor compromiso de los tribunales con la defensa del DUE. Éstos últimos, y especialmente los de última instancia, deben ser considerados

Por otra parte, la inmensa carga de trabajo que padece en la actualidad el TJUE hace absolutamente necesaria la colaboración de los órganos judiciales nacionales en la defensa de la recta aplicación del DUE. Téngase en cuenta, además, que el TJUE no tiene encomendada la función de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión, función ésta que deben asumir los órganos jurisdiccionales nacionales.

Bibliografía

- Ahumada Ruiz, M. (2001). Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional* (62), 301-352.
- Alonso García, R. (2009). La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho Comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08). *Cuadernos de Derecho Local* (19), 175-187.
- Alonso García, R. (1997). *La responsabilidad de los estados miembros por la infracción del Derecho Comunitario*. Madrid: Cívitas, 1997.
- Alonso García, C. (2010). La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador [reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010]. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (12).
- Checa González, C. (2006). El derecho a la deducción del IVA en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. *Impuestos, Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Año XXII, Ref. D-347.
- 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.
- Domenech, G. (2015). Donde dije responsabilidad patrimonial del Estado legislador digo... Disponible en: <http://almacenederecho.org/donde-dije-responsabilidad-patrimonial-del-estado-legislador-digo/>
- Ferreres Comella, V. (2010). Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del Derecho de la Unión. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (25).
- Ferreres Comella, V. (2003). Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional, *Revista Vasca de Administración Pública* 65 (3), 73-122.
- García de Enterreía, E. (2005). *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

como actores cardinales en los que recaer la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir el Derecho de la Unión.

- García de Enterría, E. (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo* (61), 5-18.
- Gichot, E. (2001). *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Montoro, A.J. (2001). Comentario al art. 40 LOTC. En J. L. Requejo (dir.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional.
- Jiménez Campo, J. (1998a). Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley. En E. Aja (dir.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- Jiménez Campo, J. (1998b). La declaración de inconstitucionalidad de la ley. En F. Rubio Llorente y J. Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw Hill.
- López Castillo, A. (1996). *Constitución e integración*. Madrid: CEPC.
- (2016). La aplicación judicial del Derecho de la UE en los Estados miembros. Especificidad, efectividad (eficacia directa, interpretación conforme y responsabilidad patrimonial por incumplimiento estatal) y primacía del Derecho de la UE. En A. López Castillo (dir.). *Derecho de la Unión Europea*. Vol. II, *Manual de Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (en prensa). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mangas Martín, A. (2010). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6.ª ed., Madrid, 2010.
- Moreno Fernández, J.I. (2009). *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- Plaza Martín, C. (2010). Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence; Going too far in *Transportes Urbanos? Review of European Administrative Law*, 3 (2).
- Requejo Pagés, J. L. (1992). Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español. *Revista Española de Derecho Constitucional* (34), 41-66.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). Responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo. Disponible en: <http://almacenederecho.org/responsabilidad-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-o-contrarias-al-derecho-europeo/>
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2011). «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional. *Revista Española de Derecho Europeo* (38), 141-171.
- Ruiz Zapatero, G. G. (2009). El derecho comunitario con «rango y relevancia constitucional» y al STS de 30 de enero de 2008 (transportes urbanos y servicios generales SAL). *Quincena Fiscal Aranzadi*, 1/2009, BIB 2009/20.
- Sesma Sánchez, B. (2011). La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del Derecho Comunitario (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, 7553.
- Schermers, H. G. y Waelbroeck, D. F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*, 6.ª ed. Kluwer Law International.
- Zagrabelsky, G. (2008). *Principios y votos*. Madrid: Trotta.

