

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Bartolomé Clavero
Elías Díaz
Pedro González Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Benigno Pendás
Joan Subirats Humet
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna
María Isabel Wences Simon

JOSÉ M.^a BAÑO LEÓN
(coordinador)

MEMORIAL PARA LA REFORMA DEL ESTADO

Estudios en homenaje al
Profesor Santiago Muñoz Machado

TOMO III

COMITÉ CIENTÍFICO

Prof. Dr. JOSÉ M.^a BAÑO LEÓN
Prof. Dr. IGNACIO BORRAJO INIESTA
Prof. Dr. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
Prof. Dr. VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2016

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático

De esta edición: 2016
© JOSÉ M.ª BAÑO LEÓN (coord.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
Twitter @cepcgob

© Fotografía de cubierta: *Las hilanderas*, de Diego Velázquez, Museo Nacional del Prado, Madrid

NIPO: 005-15-087-3
ISBN (obra completa): 978-84-259-1693-9
ISBN (tomo III): 978-84-259-1696-0
Depósito legal: M-3431-2016

Composición Rali, S.A.
Costa 12-14, 7ª izda.
48010 Bilbao (Bizkaia)

Impreso en España - *Printed in Spain*

Ciertamente, conforme a esquemas dogmáticos tan añejos como sólidos, si un derecho subjetivo tiene contenido patrimonial y, en concreto, consiste en el poder jurídico de exigir la entrega de una cantidad de dinero, estamos ante un derecho de crédito y los derechos de crédito son ordinariamente transmisibles y, desde luego, no personalísimos. Pero, en realidad, el proceso lógico que seguimos no consiste en afirmar y fundamentar de otro modo el carácter personalísimo y, por tanto, la intransmisibilidad, sino, al revés, en establecer, fuera de unos esquemas dogmáticos generados al margen del asunto que nos interesa, la racionalidad de la intransmisibilidad, para lo que, eso sí, se ha de negar y se niega que patrimonialidad suponga inexorablemente transmisibilidad. Lo menos importante, casi irrelevante, residual en nuestra argumentación, es el carácter personalísimo o no personalísimo del derecho a ser indemnizado por la Administración en el marco de su específica responsabilidad patrimonial.

Puestos a detectar qué ha movido nuestra tesis, se puede descubrir sin dificultad que la afirmación ajena del carácter personalísimo ha sido, indudablemente, el punto de partida, pero justamente para *cuestionar* ese carácter. *Cuestionar* en el estricto sentido de interrogar e interrogarse sobre la afirmación de ese carácter del crédito del que se puede ser titular *ex* artículos 106.2 y 139 LRJ-PAC. La primera respuesta al interrogante es que la afirmación tiene naturaleza de axioma, para afirmar, de inmediato, que esta naturaleza no nos parece satisfactoria, sino todo lo contrario. De ahí se pasa a considerar la afirmación como intuitiva, es decir, más producto de la intuición que de un proceso racionante. Pero la intuición tampoco nos satisface y de ahí partía o proseguía la búsqueda de una justificación racional.

Y dentro de esa búsqueda hallamos que no existe un precepto legal ni un principio general del Derecho que determine una respuesta a la cuestión general que nos afecta —que es, *in lezten Ende*, si todos los créditos, nazcan de donde nazcan, son transmisibles—, de modo que la apertura a un proceso de reflexión racional no solo es lícita para la valoración crítica, sino lícita e incluso necesaria para responder a la cuestión de la transmisibilidad o intransmisibilidad del singular o específico derecho de crédito frente al Estado concomitante con la responsabilidad administrativa patrimonial.

Si frente al resultado de esa concreta reflexión consistente en afirmar la intransmisibilidad de tal crédito, simplemente se rechaza el resultado, cabe pensar que, dejando ya a un lado el alegato sobre la motivación del esfuerzo reflexivo, el rechazo así expuesto se está fundamentando, objetivamente considerado, a fin de cuentas, en que *todos* los derechos subjetivos (privados o públicos) de contenido patrimonial o todos los créditos dinerarios (cualquiera que sea su causa y cualesquiera que sean los obligados) son transmisibles, *inter vivos* o *mortis causa*. Pero bien podríamos calificar una tal proposición, tan absoluta y tan extremadamente rotunda, como un axioma difícilmente aceptable, porque dista de pertenecer al terreno de lo evidente y de lo manifestamente incontrovertible.

§113.

PROBLEMAS DE CONCORDANCIA DEL RÉGIMEN INTERNO
Y COMUNITARIO DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR^{1,2}

MIGUEL ÁNGEL RUIZ LÓPEZ

*Letrado del Tribunal Supremo**Profesor Asociado de Derecho Administrativo**Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR. LA DECISIVA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD.—II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. *Consideraciones generales*. 2. *Requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual*. 3. *La articulación del Derecho de la Unión Europea y del Derecho interno, en materia de responsabilidad por incumplimientos comunitarios, a raíz de la STS de 17 de septiembre de 2010 (REC. 153/2007)*. 4. *La reclamación de responsabilidad del Estado para la devolución del «céntimo sanitario» (STJUE de 27 de febrero de 2014, C-82/12)*.—III. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR EN LA LEY DE REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.—V. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«La Sentencia Francovich y Bonifaci podrá ser valorada, tal vez, en el futuro, como un ejemplo de activismo judicial que no solo ha fortalecido las garantías que el derecho comunitario ofrece a los ciudadanos, sino que ha obligado a ajustar normas esenciales del derecho de responsabilidad de los Estados miembros y de la posición de los jueces ordinarios en relación con los actos y omisiones del legislador».

Santiago Muñoz Machado: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1.ª ed., 1993, pág. 120.

¹ Letrado del Tribunal Supremo. Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidad Complutense de Madrid), acreditado para el ingreso al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad. Miembro del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado.

² Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense «Defensa de la competencia y crisis económica y financiera. Problemas y desafíos» (DER2012-39127-C02-01) financiado por el MINECO, y del que es investigador principal el Profesor Doctor D. Tomás Ramón Fernández Rodríguez.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR. LA DECISIVA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD³

La obligación de reparar los daños causados por los poderes públicos a los sujetos particulares constituye una de las piedras de toque del Estado de Derecho, proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución española (en adelante, CE). La otra es el principio de legalidad. Ya decía Hauriou que «hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio»⁴. En efecto, sin la «garantía patrimonial» difícilmente podría hacerse efectivo el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), que exige el establecimiento de instrumentos y cauces jurídicos que posibiliten el ejercicio por los particulares del derecho a ser resarcidos de toda inmisión directa o indirecta, voluntaria o incidental, que experimenten en su patrimonio⁵.

El carácter expansivo con el que se interpreta la responsabilidad patrimonial no sólo ha propiciado un incesante aluvión de reclamaciones formuladas por los ciudada-

³ Abreviaturas específicas utilizadas en este artículo: CE: Constitución Española; BOE: Boletín Oficial del Estado; CORA: Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas; DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea; IVMDH: Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos; LEF: Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954; LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LOTC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; OPERA: Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración; STC/SSTC: Sentencia(s) del Tribunal Constitucional; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STS/SSTS: Sentencia(s) del Tribunal Supremo; TUE: Tratado de la Unión Europea.

⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 14.ª ed., 2015, pág. 358.

⁵ J. A. SANTAMARÍA PASTOR encuadra el principio de garantía patrimonial entre los principios que integran la cláusula del Estado de Derecho, siendo además la base del sistema de economía de mercado que proclama el artículo 38 CE, que no sería tal si las Administraciones pudieran desconocer libremente los *property rights* (vid. *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, Iustel, Madrid, 2009, 2.ª ed., págs. 64 y ss.).

Recordemos, por otra parte, que son dos las instituciones jurídico-públicas ideadas para contrarrestar las actuaciones, realizadas por cualquiera de los poderes públicos, que inciden negativamente sobre la esfera patrimonial de los individuos: la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial, plasmadas en los artículos 33.3 y 106.2 CE, y es que la incidencia dañosa de la actividad pública en la esfera del particular no se agota en el instituto expropiatorio, sino que coexiste con otro instituto igualmente esencial: la responsabilidad patrimonial, que tiene por objeto la cobertura de los daños residuales, no deliberadamente causados, que desencadena el funcionamiento de los servicios públicos, y que desde su conformación moderna en nuestro Derecho de la mano de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF), presta cobertura a toda la actividad dañosa imputable, especialmente, a las Administraciones, ya actúen con sometimiento al Derecho Público, ya al Derecho Privado (art. 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; en adelante, LRJ-PAC).

nos, sino que, en lo que aquí interesa, ha implicado una extensión a ámbitos inicialmente exentos. Es más, hace tiempo que se viene discutiendo sobre el significado y alcance de la aplicación del régimen tradicional de la responsabilidad administrativa a los demás poderes del Estado, y, en concreto, sobre la posibilidad de cubrir los daños realizados por la actividad de los órganos legislativos (Cortes Generales y Parlamentos autonómicos), dando lugar a la denominada responsabilidad del Estado-legislador, que comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acrean la obligación de resarcimiento⁶.

Algunos problemas derivados de la compleja imputación de responsabilidad patrimonial al Estado-legislador guardan un paralelismo con los que presenta la responsabilidad económica de la Administración, que ha sido afrontada y resuelta, tarde o temprano, por la mayoría de los países y, particularmente, en España, donde se ha acogido, con indisimulada satisfacción, una solución favorable a la responsabilidad directa y objetiva de la Administración. Es cierto que entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la que ahora se examina existe un elemento común: un daño, que parte de la premisa de la imputación a los poderes públicos de su actividad lesiva, y que se traduce en la transformación en un valor económico. Se puede afirmar que la responsabilidad despliega un doble efecto en ambos casos: disuasorio de todo comportamiento susceptible de producir un daño y reparador del daño efectivamente ocasionado.

No obstante, mientras que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, contenida en la actualidad en los artículos 139 y ss. LRJ-PAC, ha sido bien recibida tanto por la doctrina⁷ como por la jurisprudencia, la hipotética responsabilidad económica del Estado-legislador, derivada de la aplicación de las leyes, suscita no pocas dudas, toda vez que, a diferencia de la actividad administrativa, que actúa fiduciariamente en ejercicio de las potestades que la ley confiere a la Administración, el legislador —las Cortes Generales y, en el marco de las competencias autonómicas, los Parlamentos autonómicos— representa al pueblo, en quien reside la soberanía, lo cual

⁶ Definición esta que revela las dificultades que entraña. De un lado, no son ni mucho menos inequívocos los perjuicios que pueden derivarse del contenido de las disposiciones contenidas en las leyes. De otro lado, tampoco resulta pacífica la cuestión de la exigibilidad de la indemnización. Es más, la exagerada liberalidad con la que se ha admitido la responsabilidad del legislador en la práctica de los Tribunales contencioso-administrativos no siempre ha estado acompañada de la necesaria reflexión, sino que, por el contrario, la jurisprudencia ha dado muestras de sus muchas dudas y contradicciones a lo largo del tiempo en innumerables pronunciamientos que abordan la responsabilidad del legislador en ámbitos extraordinariamente diversos (tributario, urbanístico, medio ambiente, personal, puertos, costas, etc.), en correspondencia con el alcance —diríase que indiscriminado— con el que se ha formulado la teoría (jurisprudencial) de la responsabilidad del Estado-legislador, como se tendrá ocasión de poner de manifiesto con más detalle. De hecho, un sector de la doctrina, encabezado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, se ha mostrado sumamente crítico con una «desbordante» y «generosa» jurisprudencia a la que no presta demasiado apoyo el Derecho Comparado y que estaría mal fundada (vid. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 411-416).

⁷ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 2007.

impregna su actuación⁸. Mientras que la Constitución recoge expresamente, en su artículo 121, una previsión específica sobre la responsabilidad del Estado-juez, desarrollada ulteriormente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, nada dice, sin embargo, acerca de la responsabilidad del Estado-legislador, cuya única apoyatura jurídica se sustenta en la regla, ciertamente críptica y no exenta de riesgos, contenida en el artículo 139.3 LRJ-PAC.

Las dificultades de imputar responsabilidad patrimonial al Estado-legislador no desaparecen si se atiende a dos circunstancias: 1) un reexamen del principio de la garantía patrimonial permitiría, en su caso, la integración mimética del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, con toda su complejidad, a partir de sus rasgos definidores, de manera que la determinación de los requisitos sustanciales del daño, como la antijuridicidad, quedaría vinculada a las determinaciones del propio legislador, que en la actualidad se encuentran encorsetadas en el artículo 139.3 LRJ-PAC, y 2) la imputación de responsabilidad patrimonial al Parlamento se sujeta a una previa declaración de la antijuridicidad que debe realizar el Tribunal Constitucional, o bien a una previa declaración de la infracción de la correspondiente norma de Derecho de la Unión Europea.

En cualquier caso, las dudas y dificultades que suscita el régimen de responsabilidad del Estado-legislador han sido afrontadas por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con los daños derivados de las leyes declaradas inconstitucionales, utilizando como base el sistema jurídico de responsabilidad de la Administración. Un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de estos últimos años, desde 2000 a la actualidad⁹, revela que se han flexibilizado y ensanchado considerablemente los márgenes del artículo 139.3 LRJ-PAC:

⁸ Sobre la tradicional exención de responsabilidad del Parlamento puede verse ALONSO GARCÍA, M.^a C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 24 y ss., quien ha explicado que esta inmunidad tradicional de los Parlamentos por los perjuicios derivados de sus leyes se ha anudado a dos factores que revelan la diferente posición del Poder legislativo y del Poder ejecutivo. De una parte, la ley no podrá ser calificada de injusta ni el Parlamento de culpable, debido a la posición e independencia del Poder legislativo. De otra parte, la generalidad predicable de la ley excluye la configuración de los perjuicios de ella derivados como especiales o particulares, los cuales están reservados al instituto expropiatorio. J. F. MESTRE DELGADO (vid. «La responsabilidad del Estado legislador», *Cuadernos de Derecho Judicial*, II, 2004, pág. 106) reconoce que la imputación de daños al legislador es chocante para el jurista. Atendiendo a la formación histórica de la significación de las leyes, son estas las que fijan las limitaciones que deben soportar los ciudadanos; al menos, desde la Declaración de Derechos y Libertades del Hombre y del Ciudadano de 1789 [conforme a su artículo 4, «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley», que constituye «la expresión de la voluntad general» —artículo 6—, y que contiene las limitaciones admisibles en la sociedad a la libertad del individuo —cfr. artículos 5 a 8 de la Declaración—]. Como decía E. LAFFERRIÈRE «la ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que se pueda reclamar de ella ninguna compensación» (vid. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1888, reimpresión de la LGDJ, vol. II, 1989, págs. 12 y ss.).

⁹ Un examen de la jurisprudencia recaída sobre la materia, dando cuenta, en forma retrospectiva, de la evolución experimentada desde las tímidas formulaciones iniciales hasta la situación actual, pue-

1. por una parte, reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en virtud del principio constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, positivizado en el artículo 9.3 CE, incluso en la hipótesis en la que las disposiciones legales causantes de los perjuicios omitan cualquier alusión a la posible indemnización (STS de 29 de febrero de 2000, recurso n.º 49/1998). Ello suscita el problema de la jurisdicción competente, ya que se asigna a la jurisdicción contencioso-administrativa una competencia que parecía reservada al Tribunal Constitucional, como han manifestado voces críticas con esta jurisprudencia¹⁰, y,

de verse en RUIZ LÓPEZ, M. Á.: «Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», *Revista Digital de la Facultad de Derecho de la UNED* n.º 6 (2013), págs. 66-95; estudio también publicado en *Diario La Ley* (18/9/2013) y *Semanal La Ley* del 23 al 29 de septiembre de 2013, bajo el título «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en Derecho español», algunos de cuyos argumentos se traen ahora a colación —o se compilan— en estas páginas iniciales.

¹⁰ En la jurisprudencia constitucional se ha especificado que, ante la falta de previsión expresa en la Constitución y en la LOTC sobre la determinación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, corresponde al propio Tribunal Constitucional «la tarea de precisar su alcance en cada caso» (STC 45/1989). Es, por tanto, al máximo intérprete de la Constitución al que corresponde esa competencia. Asumido el monopolio del Tribunal Constitucional en relación con los efectos del fallo, el problema se circunscribe al eventual silencio sobre la cuestión. Pues bien, ya desde las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre las «máquinas tragaperras» (que abordan, en detalle, la responsabilidad fundada en la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal: concretamente el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria), como las SSTs de 29 de febrero de 2000 (rec. 49/1998), 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998), y 15 de julio de 2000 (rec. 736/1997), se señala que, en el supuesto de que la sentencia constitucional que declara la concreta inconstitucionalidad de la norma 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.

La doctrina no ha ahorrado críticas a lo que podríamos llamar una auto-atribución de competencias por parte de la jurisdicción. E. GARCÍA DE ENTERRÍA analizó esta cuestión crucial en su trabajo «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 117 (2003), págs. 95 y ss., recogido en su monografía *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, cit., pág. 118. Asimismo, en opinión de J. LEGUINA VILLA, tanto si el Tribunal Constitucional declara expresamente la eficacia de su fallo con efectos pro futuro, como «si guarda silencio y nada dice del alcance temporal de su fallo ni de la reparabilidad de los perjuicios que la ley inconstitucional haya podido producir, la ejecución de la sentencia constitucional no comporta derecho alguno al resarcimiento» (vid. «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por él mismo y M. SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 414-415).

Conviene traer a colación otro argumento utilizado por M. BELADIEZ ROJO, y es que la conservación de los actos y los efectos producidos por una norma inconstitucional contraviene el principio de constitucionalidad del artículo 9.1 CE, pues, en opinión de la autora, la lógica interpretación de los artículos 39 y 40.1 LOTC es que los mismos impiden la revisión de los actos que hayan sido objeto de un proceso cuya sentencia tenga el valor de cosa juzgada, salvo los supuestos enumerados en el mismo precepto (vid. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 342 y ss.). Más recientemente, J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ha señalado que la responsabilidad del Estado-legislador por daños derivados de ley inconstitucional debe situarse en el contexto del artículo 40 LOTC, atribuyendo al Tribunal Constitucional la competencia para delimitar los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la ley, en congruencia con la propia doctrina constitucional.

2. por otra parte, distinguiendo entre la responsabilidad y la validez y eficacia del acto administrativo, es decir, posibilitando exigir la primera sin cuestionar la segunda. En otros términos, el reconocimiento de la responsabilidad ni afecta ni modifica el acto administrativo, cuya validez y eficacia no se cuestionan¹¹.

En síntesis, por tanto, el Tribunal Supremo sostiene que si el Tribunal Constitucional no se pronuncia en la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la ley sobre el alcance de la existencia de responsabilidad patrimonial, los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos quedan habilitados para pronunciarse sobre la indemnización que en su caso corresponda, aun cuando el acto sea firme y consentido.

Pues bien, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, la más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la opción por la que se decanta —según veremos— la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conviene reflexionar sobre la recíproca interacción del régimen de responsabilidad del Estado-legislador en el plano del Derecho interno y en el comunitario; en especial, desde la perspectiva de las dificultades que plantea su equivalencia o concordancia en su aplicación cotidiana por los operadores jurídicos. ¿Están inspiradas en las mismas ideas la responsabilidad del Estado-legislador

Eso no impide reconocer —añade— que el artículo 40 LOTC sea un precepto dirigido a los tribunales ordinarios, que debe ser aplicado por los mismos en los supuestos litigiosos de que se trate. Sostiene que el Tribunal Constitucional debería ser coherente con su doctrina y «prestar también cuidadosa atención a la cuestión de la tutela secundaria en sus pronunciamientos [pues] el Tribunal Supremo termina asumiendo la extravagante competencia de interpretar no el ordenamiento jurídico, sino directamente una sentencia del Tribunal Constitucional» [vid. «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de ley contraria al Derecho Comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 38 (2011), pág. 168].

¹¹ Ya desde las sentencias del Tribunal Supremo sobre las «máquinas tragaperras», citadas en la nota precedente, se señala que «la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada», y que la exigencia de responsabilidad no altera el contenido del acto administrativo determinante de la liquidación tributaria. Una cuestión semejante se suscitó con ocasión de diversas reclamaciones de indemnización por los perjuicios causados a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía como consecuencia del pase a segunda actividad en virtud de Disposición Adicional 20.ª de la Ley 37/1998, de 28 de diciembre, que fue declarada inconstitucional y nula por la STC 234/1999, de 16 de diciembre, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Numerosas sentencias del Tribunal Supremo, empezando por la de 17 de julio de 2003 (rec. 115/2002), declararon que el daño cumplía los requisitos legales para ser susceptible de indemnización, sin que existiera para el recurrente el deber jurídico de soportar ese perjuicio, ya que el mismo «lo produjo una ley posteriormente declarada inconstitucional». La razón esgrimida para acceder a dicha pretensión fue que las leyes gozan de una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad, sin que los particulares ostenten la acción de inconstitucionalidad de las leyes. El hecho de no haber recurrido en su momento el acto administrativo no impide formular después una reclamación por responsabilidad patrimonial. Se dice que la interpretación contraria supondría imponer a los particulares la carga de impugnar, en vía administrativa, primero, y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, después, todos los actos dictados en aplicación de la ley. En este punto, J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*ibid.*, pág. 154) opina que la acción de responsabilidad patrimonial es ajena al ámbito de la cosa juzgada, «pero no es por completo independiente», toda vez que debería aceptarse que solo hay derecho a la indemnización si la cosa juzgada no es imputable a la víctima, es decir, si quien sufrió las consecuencias de la ley declarada sobrevenidamente inconstitucional alegó en su defensa dicha inconstitucionalidad, no aquietándose.

por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea y por infracción de la Constitución? ¿Está justificado que los jueces nacionales estén investidos del poder de valorar el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado por la infracción por una ley del Derecho de la Unión Europea o de la Constitución? ¿Son homologables ambas situaciones atendiendo a la distinta posición que ocupan los jueces en el ordenamiento jurídico? ¿Está justificada la inexigibilidad del requisito de la impugnación de los actos de aplicación de la ley contraria al Derecho de la Unión o a la Constitución?

En las páginas que siguen se tratará de dar respuesta a las preguntas anteriormente formuladas, partiendo de la importancia —indiscutible a estas alturas— que reviste la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que constituye un inapelable título jurídico de imputación por los daños causados a los particulares como consecuencia de la vulneración del Derecho de la Unión, en estrecha relación con los principios vectores de ese ordenamiento supranacional: la primacía y la eficacia directa¹².

Como expresó inmediatamente nuestro homenajeado, el profesor Muñoz Machado, remarcando su enorme significación, es clara la influencia del Derecho Comunitario de la responsabilidad sobre los Derechos internos, y que si bien es cierto que se inspira en los principios generales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, la realidad es que ha producido un efecto inverso: «el Derecho comunitario de la responsabilidad, tal y como está siendo establecido por la jurisprudencia del Tribunal, está influyendo de manera obligada y precisa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros»¹³, como se constata desde la sentencia *Frankovich y Bonifaci*.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Consideraciones generales

El principio de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea constituye una expresión del principio general, conocido en los ordenamientos jurídicos de los

¹² Desde la STS de 17 de septiembre de 2010 (rec. 373/2006) se define, precisamente, como la «cláusula de cierre del sistema que regula las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales», al garantizar la plena eficacia del ordenamiento comunitario y la tutela judicial efectiva de los particulares, al ver reparados los perjuicios que les causa la infracción o incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de las autoridades nacionales.

¹³ Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo», *Documentación Administrativa* n.º 237-238 (enero-junio 1994), págs. 129-130. En especial, pueden consultarse sus trabajos sobre el principio de responsabilidad y los controles constitucionales, entre los que destacan: *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho Comunitario europeo*, Escuela Libre de Derecho y Economía, Madrid, 1989, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, cit., págs. 47-54 y 101 y ss., así como su estudio titulado «La formación de un Derecho común de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en la Comunidad Europea: la sentencia *Frankovich y Bonifaci* de 19 de noviembre de 1991», *Revista de Jurisprudencia*, Colex n.º 1 (1992), págs. 33 y ss.

Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado. Esa remisión a los principios jurídicos comunes hace recaer sobre el propio Tribunal de Justicia la función de intérprete de los Tratados, a falta de disposiciones que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros.

Ciertamente el reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación del Derecho comunitario se debe al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha elaborado un amplio cuerpo de doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos. Este principio está estrechamente conectado con los principios de eficacia directa y primacía. La primacía exige que los ciudadanos asuman cargas y obligaciones, pero también que se les reconozcan derechos patrimoniales. La eficacia de las normas comunitarias, por su parte, se vería cuestionada, y la protección de los derechos reconocidos se debilitaría, como se ha reiterado, si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sufran un perjuicio causado por los poderes públicos¹⁴.

A partir de su sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich y Bonifaci* (C-6/90 y 9/90), el Tribunal de Justicia ha establecido que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión Europea es inherente al sistema del Tratado y que, en definitiva, «el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables»¹⁵.

¹⁴ Como bibliografía básica sobre la materia pueden consultarse los trabajos siguientes: ALONSO GARCÍA, M.^a C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, cit., págs. 137 y ss.; ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas, Madrid, 1997, y, del mismo autor, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003; COBREROS MENDAZONA, E.: *Incumplimiento del Derecho Comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho Comunitario», *Gaceta Jurídica de la CEE*, n.º 60 (1989); GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; JANER TORRENS, J. D.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6.ª ed., 2010, págs. 404 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho Comunitario europeo*, cit.; PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, y SIMON, D. y BARAV, A.: «La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du droit communautaire», *Revue du Marché Commun*, 1987, págs. 165 y ss.

¹⁵ Confirman esta jurisprudencia otros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recaídos en materia de incumplimiento por el Poder legislativo de los Estados miembros, como la sentencia de 16 de diciembre de 1993 (asunto *Wagner Miret*, C-344/92) y de 14 de julio de 1994 (asunto *Faccini-Dori*, C-91/92).

La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 4.3 del TUE (antiguo artículo 10 TCE), en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del De-

Innegable es la trascendencia de las consideraciones contenidas en la sentencia *Francovich y Bonifaci*, especialmente en lo que concierne a la responsabilidad del legislador en el Derecho interno desde tres perspectivas, al menos:

1. Los Estados miembros no pueden liberarse de la responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del Derecho de la Unión Europea no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios.
2. Los jueces nacionales deben garantizar la eficacia del Derecho de la Unión Europea y la protección de los derechos que confiere a los particulares; garantía que expresamente se extiende a la posibilidad de obtener una reparación (sentencias *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, y *Factortame III*, de 5 de marzo de 1996), lo cual demuestra que el Tribunal de Justicia ha erigido un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión Europea presidido por una mera lesión de los derechos de los particulares en una relación causa-efecto¹⁶.
3. Ante la coexistencia de ambos regímenes de responsabilidad patrimonial por actividad legislativa, en función de que el canon de control sea el Derecho interno o el Derecho de la Unión Europea, se apela al que resulte más favorable para el administrado, que tiene la posibilidad de elegir. Si el régimen más favorable es el nacional, se aplicará este último en virtud del principio de preferencia. De lo contrario, se aplicará el comunitario en virtud de su naturaleza subsidiaria.

recho de la Unión Europea. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación de tal naturaleza; planteamiento que es válido ya se trate de normas invocables o no directamente por los ciudadanos ante los tribunales, como se precisa por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur c. RFA y Factortame III*, C-46/93 y C-48/93). Asimismo, en la sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim II* (C-424/97), declara que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda hacerse cargo de dicha reparación (sentencia de 1 de junio de 1999, *Konle c. Austria*, C-302/97).

¹⁶ He aquí una de las consecuencias más trascendentes de la influencia de la sentencia *Francovich y Bonifaci* sobre el Derecho interno de responsabilidad, en lo que concierne especialmente a la responsabilidad del Estado-legislador, toda vez que se habilita a los jueces nacionales para apreciar la responsabilidad por las acciones y omisiones de aquel. Si esta ampliación de competencias, como se ha destacado anteriormente, puede ser discutible en el plano del Derecho interno, en defecto de una sentencia que delimite los efectos de la inconstitucionalidad de la ley, en el plano del Derecho de la Unión Europea no es precisamente excepcional que los jueces valoren la responsabilidad del legislador por exigencias de la integración europea, como tampoco lo es que dejen inaplicadas las leyes que estimen contrarias a una norma europea (sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978), o que suspendan la aplicación de una ley hasta tanto el Tribunal de Justicia examine los problemas de compatibilidad con la regulación comunitaria (sentencia *Factortame* de 19 de junio de 1990), como explica S. MUÑOZ MACHADO (vid. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, cit., págs. 48-50 y 119-120).

2. Requisitos para que se genere la responsabilidad extracontractual

En cuanto a los requisitos exigidos para dar lugar a indemnización en virtud de dicha responsabilidad del Estado miembro, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina desde aquella inicial sentencia *Francovich y Bonifaci*, señalando que dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado. Cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma comunitaria impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos: a) que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; b) que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva, y c) que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas¹⁷.

Los tribunales internos declararán la responsabilidad del Estado inspirándose en esas tres condiciones, de las cuales es la segunda (conocida como «violación suficientemente caracterizada») la que plantea mayores dificultades para su concreción en cada caso. El criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho de la Unión Europea es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave —tanto por parte de un Estado miembro como de una institución comunitaria— de los límites impuestos a su facultad de apreciación. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar (*Factortame III*), destacan el grado de claridad y de 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; la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario; que la mera infracción puede ser suficiente para demostrar una violación suficientemente caracterizada (*Haim II*), y, en fin, que la obligación de reparar no puede supeditarse a un requisito basado en el concepto de culpa que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada (*Haim II*).

En lo que atañe al marco normativo en el que han de desarrollarse las correspondientes reclamaciones de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, señala el Tribunal de Justicia (*Francovich y Bonifaci*) que, a falta de normativa comunitaria, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. Cuando las normas internas de

¹⁷ Sobre el régimen jurídico sustantivo aplicable a la responsabilidad (antijuridicidad, causalidad y perjuicio indemnizable), *vid.* GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, cit., págs. 473-518, y PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*, cit., págs. 169-195.

responsabilidad son más favorables se aplican estas (principio de preferencia), no los criterios del Tribunal, de suerte que el principio comunitario de responsabilidad del Estado opera con carácter subsidiario en relación con las disposiciones nacionales, que tampoco pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).

3. La articulación del derecho de la Unión Europea y del derecho interno, en materia de responsabilidad por incumplimientos comunitarios, a raíz de la STS de 17 de septiembre de 2010 (REC. 153/2007)

Del juego del principio de preferencia se desprende, pues, una remisión al Derecho interno de responsabilidad, que no puede establecer requisitos menos favorables que los que deben reunir los recursos o reclamaciones semejantes de ámbito interno, incluyendo los requisitos procedimentales, como los plazos establecidos para ejercicio de la acción, ya se entable esta por violación del Derecho de la Unión Europea o del Derecho interno.

En este punto se ha planteado recientemente qué régimen es más favorable para el administrado: si el comunitario o el nacional previsto frente a las leyes inconstitucionales. Recordemos que la doctrina del Tribunal Supremo conecta la antijuridicidad de la ley con la mera declaración de inconstitucionalidad, en tanto que el Derecho de la Unión Europea impone el requisito de la infracción especialmente grave y manifiesta susceptible de calificarse de «suficientemente caracterizada». El Tribunal Supremo permite reaccionar frente a las leyes inconstitucionales por la vía de la acción de responsabilidad incluso habiendo transcurrido los plazos en vía administrativa y judicial, disociando la validez de los actos administrativos del régimen de responsabilidad, pero exige —o ha venido exigiendo hasta fechas recientes— requisitos formales distintos cuando la reclamación se fundamenta en la infracción de una norma comunitaria.

Esa es precisamente la cuestión que resuelve la STS de 17 de septiembre de 2010 (rec. 153/2007), que rectifica una jurisprudencia anterior como consecuencia de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2010 (asunto «Transportes Urbanos», C-118/08), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo¹⁸. Dicha sentencia proporciona una res-

¹⁸ En síntesis, la cuestión prejudicial versaba sobre la posibilidad de que los efectos de la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado, ligados a perjuicios ocasionados por actos dictados en aplicación de normas inconstitucionales, fueran también de aplicación respecto de los posibles perjuicios ocasionados por actos derivados de normas declaradas contrarias al Derecho de la Unión (en este caso, la negativa del Estado español a reconocer la devolución del IVA indebidamente ingresado con arreglo a la STJUE dictada el 11 de noviembre de 2005 contra el Reino de España en el asunto C-204/03). Se produjo una extralimitación del Estado español al transponer la Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (Sexta Directiva en materia de IVA), lo cual suscitó una reclamación ante el Consejo de Ministros por un importe equivalente a las sumas indebidamente ingresadas, más las que habrían sido devueltas si España no hubiera infringido aquella Directiva. El Consejo de Ministros desestimó la reclamación con el argumento de que la empresa se había aquietado a las liqui-

puesta inequívoca, en el sentido de que el ordenamiento comunitario exige que la responsabilidad del Estado reciba el mismo tratamiento tanto si procede de la declaración de inconstitucionalidad de una ley como si tiene su origen en una infracción del Derecho de la Unión Europea.

Eso es lo que lleva al Tribunal Supremo a declarar que la responsabilidad del Estado-legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, en virtud del principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado-legislador por vulneración del Derecho comunitario, lo que le obliga a rectificar una doctrina anterior que exigía, en el supuesto específico de vulneración del Derecho de la Unión Europea, el agotamiento previo de todas las instancias internas. Ahora se viene a equiparar el cauce de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por vulneración del Derecho de la Unión al correspondiente por vulneración de la Constitución.

La mencionada STS de 17 de septiembre de 2010 inicia una línea jurisprudencial que denomina al principio de responsabilidad patrimonial del Estado «cláusula de cierre» del sistema que regula las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos internos, al conectar dicho principio con los de eficacia del ordenamiento comunitario y tutela judicial efectiva de los particulares. Y lo que es más importante, esta interpretación lleva al Tribunal Supremo a revisar su jurisprudencia relativa a los efectos de las leyes declaradas inconstitucionales, que son efectos *ex tunc* con independencia de que se trate de leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho comunitario europeo, anu-

daciones practicadas, de manera que se había roto la relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por la víctima. En el recurso contencioso-administrativo se solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial ante la contradicción que se mostraba en la comparación entre la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial según que la violación fuera contraria a la Constitución o a la normativa comunitaria. El Tribunal Supremo, mediante auto de 1 de febrero de 2008, planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión: «¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina por el Tribunal Supremo del Reino de España en las Sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho comunitario?».

Este caso, conocido como «Transportes Urbanos», ha despertado el interés en la doctrina, como prueban algunos destacados trabajos: ALONSO GARCÍA, M.^a C.: «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador (reflexiones al hilo de la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 12 (2010), págs. 74 y ss.; ALONSO GARCÍA, R.: «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en especial, en los casos de infracción de 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* n.º 19 (2009), págs. 175 y ss.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 26 January 2010», *Common Market Law Review*, vol. 47, n.º 6 (2010), págs. 1847-1870; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a: «“Igualar por abajo”...», cit., y TORNOS MAS, J.: «La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y R. ALONSO GARCÍA (COORD.): *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, págs. 2365 y ss.

dando en ambos casos la consecuencia de la nulidad radical. Tanto si se declara la inconstitucionalidad de una ley como si la norma contraviene el Derecho de la Unión, habrá que estar a la delimitación de los efectos contenidos en la sentencia. Pero si nada dice la sentencia sobre su eficacia temporal, el Tribunal Supremo vuelve a remitir a los jueces y tribunales la cuestión de decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad.

La consecuencia más evidente de esta nueva jurisprudencia es que los afectados por un acto basado en una norma contraria al Derecho de la Unión Europea podrán deducir responsabilidad patrimonial por esta vía, aun sin haber recurrido el acto lesivo. Se extiende así, un tanto simplistamente, la generosa jurisprudencia del Tribunal Supremo —que permite exigir responsabilidad, incluso en caso de actos devenidos firmes— a los daños derivados de actos dictados en aplicación de normas declaradas contrarias al Derecho de la Unión¹⁹. Además sucede que, en estos casos, no será posible contar con una delimitación de los efectos en el tiempo de la sentencia, como también ocurre, habitualmente, con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el plano interno.

La solución alcanzada tal vez podría haber sido otra, haciendo concordantes el régimen interno y el comunitario sobre la base de la ruptura del nexo causal en virtud del acto consentido y firme como factor que excluye necesariamente la acción de responsabilidad. Pero lo que ha ocurrido es que el régimen de la responsabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, con sus defectos y bondades, se ha extendido al Derecho de la Unión Europea, al considerarse equivalente. Cabría plantearse si resulta correcta la aproximación de regímenes de responsabilidad, pues ¿es comparable la ubicación de la ley en el sistema puramente interno de fuentes, a su ubicación en el sistema internormativo de fuentes resultante de la inserción del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito interno? ¿Es comparable la posición del legislador a la hora de desarrollar la Constitución con la que ostenta a la hora de ejecutar, en el plano interno, el Derecho comunitario derivado?

Sigue siendo algo forzada, a mi juicio, la comparación entre situaciones diversas que se ha bosquejado y las consecuencias que se han alcanzado desde la óptica del Derecho interno. Las acciones de responsabilidad del Estado-legislador por vulneración de la Constitución y por infracción del Derecho de la Unión Europea no responden al mismo fundamento jurídico. La responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario es primariamente un mecanismo de sometimiento

¹⁹ Así lo han puesto de relieve TORNOS MAS, J.: «La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010», cit., pág. 2378, y, en especial, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, quien concluye que «la solución correcta no era la de facilitar los requisitos de la acción de responsabilidad del Derecho europeo para asimilarlos a los de la acción de Derecho interno (...). Este sistema español de responsabilidad se apoya en patas dogmáticamente enclenques (...). Es un penoso daño colateral del principio comunitario de equivalencia que ese primitivo sistema desplace las más elaboradas reglas de la responsabilidad del Derecho comunitario. “Igualar por abajo” no era la solución correcta, sino el replanteamiento crítico del Derecho nacional mediante un diálogo sobre el fondo entre la jurisprudencia de los Tribunales (Supremo y de Justicia)» (vid. «“Igualar por abajo”...», cit., pág. 169).

o sujeción de los mismos al ordenamiento comunitario, no tanto una garantía patrimonial del ciudadano europeo. Sin embargo, la responsabilidad del Estado-legislador por una ley inconstitucional no pretende la defensa de la Constitución, sino que, atendiendo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que importa miméticamente el régimen jurídico de la responsabilidad de las Administraciones Públicas al ámbito de la responsabilidad del legislador, constituye una suerte de garantía patrimonial en relación con las leyes no expropiatorias ni delimitadoras de derechos que producen daños que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar.

Al propio tiempo, el régimen de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario es más sofisticado y viene exigiendo requisitos que son desconocidos en las acciones de responsabilidad por vulneración de la Constitución; en especial, el tercero de ellos, la relación de causalidad, que condiciona el derecho a la reclamación económica a la «diligencia razonable» exigible al particular afectado en relación con las vías judiciales nacionales, a fin de que haga valer su derecho y no consienta el daño²⁰.

No parece estar justificado que, a resultas del curso de los acontecimientos, se hayan considerado equivalentes ambas acciones de responsabilidad, sin atender a la firmeza de las situaciones jurídicas creadas por inactividad, pasividad o mera dejación del particular en el ejercicio de acciones para su defensa, pues no pueden razonablemente considerarse dignas de protección. Desde luego, la jurisprudencia comunitaria no las ampara, y los Derechos internos no pueden desconocer, desvirtuar o inaplicar las tres reglas mínimas o condiciones básicas, de carácter sustantivo, que han de concurrir para exigir la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión, so pena de que se produzcan situaciones como las que ilustra la sentencia que se trae a colación seguidamente, sobre el denominado «céntimo sanitario español», que, siguiendo la estela de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, permite a los perjudicados solicitar la reparación del daño incluso por ejercicios prescritos, sin necesidad de haber recurrido previamente el acto de liquidación en aplicación del régimen infractor del Derecho de la Unión, sin límite temporal alguno²¹.

De hecho, en dos sentencias de 22 de septiembre de 2014 (rec. 390 y 394 de 2012), el Tribunal Supremo avala esta tesis, pues acaba de reconocer que «no existe verdadera similitud entre ambos supuestos». Mientras que la declaración de inconstitucionalidad de una ley implica, por lo general, su invalidación con efectos *ex tunc*, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que estima un recurso por incumplimiento

²⁰ En relación con la conducta exigible a los particulares, en la sentencia de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur c. RFA y Factortame III*, C-46/93 y C-48/93), el Tribunal de Justicia afirma que «para determinar el perjuicio indemnizable, el juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondan», añadiendo a continuación que «según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de soportar el daño ella sola» (la cursiva es mía).

²¹ Veremos más adelante que la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público parece, en principio, remediar esta objeción.

tiene, en cambio, un carácter meramente declarativo que no afecta por sí sola a la ley nacional ni a los actos administrativos dictados a su amparo. Se plantea el Alto Tribunal si son comparables ambos supuestos, pues en la infracción de la Constitución no hay que valorar la gravedad de la misma, mientras que en la responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la Unión Europea hay que valorar, entre otros aspectos, si dicha violación es suficientemente caracterizada. Concluye que los principios de equivalencia y efectividad rigen solamente para los requisitos procedimentales, no para los requisitos sustantivos, gestados por la jurisprudencia comunitaria y cuya concurrencia habrá de dilucidar el juez nacional²².

4. La reclamación de responsabilidad del Estado para la devolución del «céntimo sanitario» (STJUE de 27 de febrero de 2014, C-82/12)

La STJUE de 27 de febrero de 2014 (asunto «Transportes Jordi Besora», C-82/12), ha declarado que el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH) resulta contrario al Derecho de la Unión Europea²³. Este impuesto estuvo vigente desde el 1/1/2002 al 31/12/2012, quedando afectada su recaudación a la cobertura de los gastos en materia de sanidad y, en su caso, de los de actuaciones medioambientales²⁴. El Tribunal de Justicia concluye que la norma nacional controvertida no establece ningún mecanismo de afectación predeterminada a fines medioambientales de los rendimientos del IVMDH. No tiene por objeto, por sí mismo, garantizar la protección del medioambiente, de tal modo que disuada a los contribuyentes de utilizar hidrocarburos o que fomente el uso de otros productos cuyos efectos sean menos nocivos para el medioambiente. Por el contrario, sus rendimientos se afectan a los gastos sanitarios en general, no a los vinculados específicamente al consumo de los hidrocarburos gravados²⁵.

²² Crítico con esta jurisprudencia se muestra E. COBREROS MENDOZANA [vid. «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública* n.º 196 (2015), págs. 36 y ss.], al considerar que el Tribunal Supremo exige más requisitos para el resarcimiento de los daños producidos por las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea que para los perjuicios sufridos por la aplicación de una ley inconstitucional. Mientras que en este último supuesto exige la mera inconstitucionalidad—incluso formal—de la ley, en el primer supuesto mencionado exige que la contradicción lo sea de una manera suficientemente justificada.

²³ Esta sentencia ha sido comentada por FERRÁN ARMENGOL, F. y CIENFUEGOS MATEO, M.: «La legislación española sobre el céntimo sanitario ante el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, S.L. / Generalitat de Catalunya, C-82/12», *Revista General de Derecho Europeo* n.º 35 (2015).

²⁴ Según dispone la norma creación, esto es, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²⁵ «A falta de tal afectación predeterminada, no puede considerarse que un impuesto como el IVMDH, como puso de manifiesto en esencia el Abogado General en los puntos 25 y 26 de sus conclusiones, tenga por objeto, por sí mismo, garantizar la protección del medioambiente, y, por tanto, que persiga una finalidad específica en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12», concluye el Tribunal.

Las consecuencias derivadas de este pronunciamiento las cifran las partes en la devolución de 13.000 millones de euros, que es el importe recaudado. El Tribunal de Justicia no acoge la petición de limitar en el tiempo los efectos de la sentencia; petición que habían formulado el Gobierno de la Nación y la Generalidad de Cataluña aduciendo las graves repercusiones económicas derivadas de la devolución del referido importe. Señala el Tribunal que la interpretación prejudicial de una norma de Derecho de la Unión Europea aclara y precisa el sentido de dicha norma tal como debería haber sido entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. La norma así interpretada puede ser incluso aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas con anterioridad a la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación. En este caso, descarta que se haya actuado conforme al principio de buena fe y no admite limitar temporalmente los efectos de la sentencia, pues 1) se ha mantenido el impuesto durante once años, a pesar de que la Comisión Europea inició en el año 2003 un procedimiento de incumplimiento contra el Reino de España, en relación con dicho impuesto, y 2) en la sentencia de 9 de marzo de 2000 (asunto *EKW y Wein & Co.*, C-437/97), el Tribunal de Justicia ya se pronunció sobre un impuesto con aspectos análogos a los del IVMDH.

Demuestra esta sentencia sobre el «céntimo sanitario» que la jurisprudencia que declara equivalente la responsabilidad del Estado-legislador, tanto si procede de la declaración de inconstitucionalidad de una ley como si tiene su origen en una infracción del Derecho de la Unión Europea, puede generar importantes distorsiones en el ámbito interno, ya que devalúa los requisitos de la acción de responsabilidad. La jurisprudencia comunitaria refiere el requisito de la relación de causalidad, anudada a la «diligencia razonable» del particular afectado, que en este caso se traduciría en que los sujetos pasivos muestren de algún modo su discrepancia con lo que habían pagado. Sin embargo, en el plano del Derecho interno, desaparece el requisito de haber impugnado los actos dictados en aplicación de la ley contraria al Derecho de la Unión, no viéndose pues afectadas las situaciones declaradas por acto firme, que formalmente no se eliminan del ordenamiento jurídico²⁶. Como en el caso examinado se formula una declaración del incumplimiento sin limitar su eficacia retroactiva, la consecuencia inevitable es la devolución indiscriminada, incluso por ejercicios prescritos, sin necesidad de haber recurrido en su momento el acto de liquidación²⁷, es decir, por el mero hecho de la declaración de norma contraria al ordenamiento jurídico europeo.

²⁶ Como apunta G. FERNÁNDEZ FARRERES, «el resultado final es que la indemnización por responsabilidad opera como un equivalente (total o, al menos, parcialmente, en función de cuál sea su cuántum) al hecho de que tales actos fueran anulados y dejados sin efecto» (*vid. Sistema de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2.ª ed., 2014, pág. 401).

²⁷ Opina J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO que, en lugar de uniformar el régimen jurídico de la responsabilidad del legislador mediante la asimilación de la acción comunitaria a la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad derivada de ley inconstitucional, se deberían incorporar «ideas muy aprovechables» del Tribunal de Justicia. En sintonía con varios votos particulares a la STS de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008), lo fundamental, en efecto, es que no merezca indemnización quien no ha reaccionado en su momento contra la actuación que consideraba contraria a Derecho (*vid.* «Igualar por abajo...», cit., págs. 164-165).

III. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR EN LA LEY DE REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO

Veamos de forma sucinta, para finalizar, qué tratamiento recibe la responsabilidad del Estado-legislador en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales referidos en este trabajo.

En consonancia con los sucesivos informes elaborados por la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas (CORA)²⁸ y con las medidas contempladas en los últimos Programas Nacionales de Reformas²⁹, se tramitaron en la pasada legislatura dos proyectos de ley en las Cortes Generales: uno, comprensivo del régimen jurídico del sector público (LRJSP); otro, regulador del procedimiento administrativo (LPAC). Ambos proyectos de ley se proponían acometer una reforma del ordenamiento jurídico-administrativo, de suerte que se ordene y clarifique cómo se organizan y se relacionan las Administraciones Públicas entre sí y con los ciudadanos y empresas^{30,31}.

Sería algo aventurado adelantar ahora un juicio global sobre ambas leyes, cuya entrada en vigor quedará diferida al plazo de un año desde su publicación en el BOE. No obstante, es oportuno señalar que, en líneas generales y desde el punto de vista sustantivo, el contenido de la LPAC es muy similar al de la vigente LRJ-PAC, así como casi idéntico al de la Ley 11/2007 en lo relativo al uso de medios electrónicos, habiendo incorporado, además, otras tantas previsiones actualmente contenidas en las correspondientes normas reglamentarias de desarrollo, como es el caso, en lo que aquí interesa, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el

²⁸ Por Acuerdo de Consejo de Ministros, de fecha 26 de octubre de 2012, se creó la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), cuyos trabajos dieron lugar al Informe CORA presentado al Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013. Con el objetivo de velar por la implantación de las medidas incluidas en dicho informe, asumir su seguimiento, mantener la coordinación y evaluación permanentes, así como formular nuevas propuestas, el Consejo de Ministros del día 21 de junio de 2013 acordó la creación de la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (OPERA). Actualmente, dicha Oficina se regula en el Real Decreto 671/2014, de 1 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

²⁹ El Programa Nacional de Reformas de 2015, cuyo texto completo puede consultarse aquí: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/nrp2015_spain_es.pdf, desgrana la previsión de una «profunda reforma del funcionamiento de las Administraciones Públicas» mediante la aprobación de dos nuevas leyes: la Ley de Procedimiento Administrativo Común, y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

³⁰ Publicados en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de mayo de 2015 (núm. 154-1 y núm. 155-1, de forma respectiva).

³¹ La reforma que se proponen acometer ambas leyes gira en torno a dos ejes fundamentales: mejorar las relaciones *ad extra* y *ad intra* de las Administraciones Públicas. Para ello se impulsan simultáneamente dos nuevas leyes: una nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regulará el procedimiento administrativo, íntegramente electrónico, para dictar actos administrativos, así como los principios aplicables al ejercicio de la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria, y una nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que regulará los principios de actuación, formas de organización y funcionamiento de las Administraciones —singularmente de la Administración General del Estado—, así como los principios y principales técnicas de relación entre las distintas Administraciones Públicas.

Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

La LPAC y la LRJSP realizan un planteamiento dual o desdoblado que se aparta del criterio tradicional sobre la materia. Y es que no se justifica que en la LPAC se configuren las especialidades del procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (en lo atinente a los informes y dictámenes y a la propuesta de resolución), y en la LRJSP se mezclen los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas con aspectos de Derecho sustantivo (la responsabilidad concurrente, la indemnización, la responsabilidad de Derecho privado y la responsabilidad penal) y hasta de índole procedimental (los trámites del procedimiento para exigir responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas)³².

El artículo 32 de la LRJSP, bajo la rúbrica de «principios de la responsabilidad», perteneciente al capítulo IV del título preliminar relativo a la «responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», contempla la responsabilidad por daños causados en la aplicación de leyes que hayan sido declaradas inconstitucionales o de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea. Es importante destacar que, según este artículo, la responsabilidad del Estado-legislador podrá surgir, en relación con ambos tipos de daños, siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En este punto se reproduce literalmente el contenido del vigente artículo 139 LRJ-PAC, que configura la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo los casos de fuerza mayor. Se reitera que el daño sea antijurídico, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo, y que sea un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Con ello parece darse carta de naturaleza a la jurisprudencia del Tribunal Supremo por daños derivados de ley inconstitucional, que viene sometiendo al Poder legislativo al mismo régimen de responsabilidad que el artículo 106.2 CE establece para la Administración. Para lograrlo, la LRJSP importa expresamente al ámbito de la acción legislativa los presupuestos habilitantes de la responsabilidad por la actuación administrativa. Entre esos presupuestos se incluye un criterio clave: el «deber jurídico de soportar» el daño. ¿Pero está justificado que el legislativo y la Administración estén sujetos al mismo régimen de responsabilidad? ¿Hasta qué punto los particulares están obligados

³² A este respecto, el Consejo de Estado ha hecho notar en ese mismo dictamen «que los criterios de orden sistemático, cualesquiera que sean estos, no pueden en modo alguno condicionar la correcta regulación de las instituciones jurídicas, máxime si estas gozan —como sucede en el presente caso con la potestad sancionadora y con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas— de un expreso reconocimiento constitucional. La conversión de las referidas instituciones en meros procedimientos administrativos —o, como dice el anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común, en ‘especialidades del procedimiento administrativo común’— supone desconocer la verdadera naturaleza de aquellas y despojarlas de su particular identidad».

a soportar los daños derivados de una ley inconstitucional? ¿Cómo es posible que la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea se someta al requisito de la inexistencia del deber jurídico de soportar, cuando la misma está sujeta a otros requisitos bien diferentes, como la vulneración «suficientemente caracterizada» de una norma que reconozca derechos a los ciudadanos?

En cualquier caso, entrando a analizar los supuestos de responsabilidad del Estado-legislador, en el caso de la ley declarada inconstitucional el título de imputación o la razón que justifica la declaración de responsabilidad es, sin más, la propia inconstitucionalidad del precepto causante del perjuicio. No se configura como un obstáculo para hacer tal declaración de responsabilidad, pese a lo dispuesto en el artículo 40.1 LOTC y en el artículo 161.1.a) CE, que hayan recaído sentencias con fuerza de cosa juzgada desestimando la impugnación de actos administrativos que aplicaron la norma inconstitucional. Es más, el artículo 32.4 de la LRJSP condiciona positivamente la indemnización del particular al dictado, en cualquier instancia, de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño. También aquí parece incorporarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la acción de responsabilidad, que se considera ajena al ámbito de la cosa juzgada, y aun a la firmeza del acto administrativo. La declaración de responsabilidad solo quedaría vedada, como se explicó anteriormente, en los casos en los que el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de la norma, excluya en su sentencia los normales efectos *ex tunc* inherentes al vicio de nulidad de pleno derecho.

No obstante, el mismo artículo 32.4 LRJSP establece otro requisito para que prospere la indemnización: que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. Este requisito de la acción ha de saludarse favorablemente, ya que no está en modo alguno justificado, con arreglo a la jurisprudencia actual, que la retroacción que pueda deparar la anulación de una ley beneficie al ciudadano que no hizo nada en su momento por defender su derecho en relación con la actuación antijurídica del Estado; conclusión que es congruente, por otra parte, con la jurisprudencia contenida en la sentencia de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur c. RFA* y *Factortame III*, C-46/93 y C-48/93).

En lo que se refiere a la responsabilidad del legislador cuando se trata de «normas» contrarias al Derecho de la Unión Europea, el artículo 32.5 LRJSP recoge las mismas reglas o requisitos de la jurisprudencia comunitaria (esto es, norma que confiera derechos a los particulares, incumplimiento suficientemente caracterizado y relación de causalidad). A renglón seguido exige, al igual que en la responsabilidad por leyes inconstitucionales, el dictado de dos sentencias: una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea, y otra sentencia posterior que declare la contradicción de la norma interna. Pero este último pronunciamiento judicial puede resultar perturbador si se interpreta que es necesario un pronunciamiento judicial o prejudicial del Tribunal de Justicia, como da a entender el artículo 32.6 LRJSP cuando señala que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el

«Diario Oficial de la Unión Europea». La responsabilidad por incumplimiento del Estado consiste tanto en «corregir la actuación de que se trate como en reparar los efectos ilícitos que haya podido producir» (sentencia de 26 de diciembre de 1960, asunto *Humblot*), como han repetido otras sentencias posteriores como la de 14 de diciembre de 1982 (asunto *Waterkeyn*), donde el Tribunal señala que el deber de reparar no tiene que apoyarse necesariamente en una sentencia previa que declare el incumplimiento, sino que se fundamenta en el efecto directo de las normas comunitarias infringidas, cuando reconocen derechos en favor de los particulares³³.

Por otra parte, la firmeza del acto dictado en aplicación de la ley declarada contraria al Derecho de la Unión Europea tampoco representa ningún obstáculo para que pueda reconocerse y declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, a pesar de que existe en estos casos una situación jurídica firme, ya inmodificable por razones de seguridad jurídica, que fundamentaría entonces el deber jurídico de soportar el daño.

En cuanto al cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, en línea con lo declarado por la doctrina jurisprudencial, el artículo 32.6 LRJSP establece que el día inicial ha de ser el de la publicación en el BOE o en el DOUE de la sentencia que declare la inconstitucionalidad o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea³⁴, salvo que en tales sentencias —añade el precepto— se disponga otra cosa.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Puede decirse, en resumen, a la vista de la proyectada regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador contenida en la LRJSP, tributaria en gran medida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya esbozada,

1. Que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el cauce adecuado para ventilar la acción de responsabilidad del legislador, pues obedece a un fundamento dogmático distinto, así que el requisito del «deber jurídico de soportar» que viene aplicando extensivamente la jurisprudencia, y ahora la LRJSP, a la responsabilidad del Estado-legislador, es sumamente discutible. Esta extensión es si cabe más controvertida en relación con la acción de

³³ Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, cit., págs. 113-114, y GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, cit., págs. 521 y ss. Este último autor explica que el juez nacional tiene atribuida la protección primaria de los derechos del particular por el ordenamiento comunitario, debiendo considerar todos los elementos de juicio. Naturalmente estará vinculado por la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de la respuesta dada por este a una cuestión prejudicial. Como no puede ni debe pronunciarse el Tribunal Constitucional, dado que excedería sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes nacionales, recaerá sobre el juez nacional la competencia para valorar la responsabilidad mediante la inaplicación de la norma contraria al Derecho de la Unión Europea.

³⁴ Precepto que se completa con el artículo 67.1 de la LPAC, al que hay que acudir para conocer que el derecho a reclamar prescribe al año de la publicación de la sentencia.

responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, sometida a diferentes requisitos.

2. Que las acciones de responsabilidad del Estado-legislador por infracción de la Constitución o del Derecho de la Unión Europea responden también a un fundamento distinto, como también es distinta la posición de los jueces ante dichos ordenamientos. Sin embargo, la doctrina sobre la responsabilidad por ley inconstitucional se ha extendido, acriticamente, a la acción comunitaria, confundiendo ambas.
3. Que la equiparación de la responsabilidad del Estado-legislador en los casos de infracción de la Constitución y de vulneración del Derecho comunitario, a raíz de la STS de 17 de septiembre de 2010, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial, trae como consecuencia la inexigibilidad de impugnar los actos de aplicación en ambos supuestos, en franca contradicción con la «diligencia razonable» que exige la jurisprudencia comunitaria en el contexto de la relación de causalidad, que es la solución jurídica más depurada. Como bien ilustra la sentencia del «céntimo sanitario», los perjudicados pueden solicitar, inopinadamente, la reparación del daño incluso por ejercicios prescritos, sin necesidad de haber recurrido previamente el acto de liquidación. Más lógico habría sido integrar los principios y reglas de la doctrina del Tribunal de Justicia, haciendo concordantes el régimen interno y el comunitario sobre la base de la ruptura del nexo causal en virtud del acto consentido y firme como factor que excluye necesariamente la acción de responsabilidad.
4. Que, en efecto, sigue siendo discutible la alteración casuística de la firmeza de las situaciones jurídicas, como también lo es pretender disociar el régimen de la validez de los actos administrativos del de la responsabilidad.
5. Que, si bien es positivo que en la LRJSP se exija al perjudicado haber alegado la inconstitucionalidad o la contradicción con el Derecho de la Unión Europea, no se concilia con la jurisprudencia comunitaria que esta disposición legislativa exija, como parece desprenderse de una interpretación concordante de los apartados 5 y 6 del artículo 32, un previo pronunciamiento del Tribunal de Justicia en cuanto a la compatibilidad con el Derecho interno, supuesta la eficacia directa del ordenamiento comunitario y la competencia de los jueces nacionales como jueces que son del Derecho de la Unión Europea.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALONSO GARCÍA, M.^a C. (1999): *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid.

— (2010): «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador (reflexiones al hilo de la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010)», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12.

- ALONSO GARCÍA, R. (1997): *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas, Madrid.
- (2003): *El juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- (2009): «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial, en los casos de infracción de 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)», en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 19.
- BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.
- COBREROS MENDAZONA, E. (1995): *Incumplimiento del Derecho Comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid.
- (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 incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en *Revista de Administración Pública* núm. 196.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2014): *Sistema de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2.ª ed.
- FERRÁN ARMENGOL, F. y CIENFUEGOS MATEO, M. (2015): «La legislación española sobre el céntimo sanitario ante el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, S.L. / Generalitat de Catalunya, C-82/12», en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 35.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 14.ª ed.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1989): «La responsabilidad patrimonial de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho Comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 60.
- (2003): «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 117.
- (2007): *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid.
- GUICHOT REINA, E. (2001): *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JANER TORRENS, J. D. (2002): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LAFERRIÈRE, E. (1989): *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1888, reimpresión de la LGDJ, vol. II.
- LEGUINA VILLA, J. (1993): «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por el mismo autor y M. SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, Madrid.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2010): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6.ª ed.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2010): «Case C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 26 January 2010», en *Common Market Law Review*, vol. 47, núm. 6.

- MESTRE DELGADO, J. F. (2004): «La responsabilidad del Estado legislador», *Cuadernos de Derecho Judicial*, II.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1989): *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho Comunitario europeo*, Escuela Libre de Derecho y Economía, Madrid.
- (1992): «La formación de un Derecho común de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en la Comunidad Europea: la sentencia Frankovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991», *Revista de Jurisprudencia*, Colex núm. 1.
- (1993): *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1.ª ed.
- (1994): «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho Comunitario europeo», en *Documentación Administrativa* núm. 237-238 (enero-junio 1994).
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2001): *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª (2011): «“Igualar por abajo”. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de ley contraria al Derecho Comunitario y de la ley inconstitucional», en *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 38.
- RUIZ LÓPEZ, M. Á. (2013): «Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», en *Revista Digital de la Facultad de Derecho de la UNED* núm. 6.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009): *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, Iustel, Madrid, 2.ª ed.
- SIMON, D. y BARAV, A. (1987): «La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du droit communautaire», *Revue du Marché Commun*.
- TORNOS MAS, J. (2012): «La responsabilidad del Estado-legislador por vulneración del Derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coord.): *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Madrid.