Administración Pública

El abogado general considera que los requisitos procesales que exige la legislación española para reclamar responsabilidad al Estado legislador no son conformes con el Derecho de la Unión

Se veía venir y es previsible que sea confirmado por el Tribunal de Justicia: los requisitos procesales para reclamar responsabilidad al Estado legislador por los daños ocasionados como consecuencia de leyes declaradas contrarias al Derecho de la Unión infringen el principio de efectividad.

BLANCA LOZANO CUTANDA

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Los nuevos requisitos procesales para reclamar responsabilidad al Estado legislador por los daños ocasionados por las lesiones producidas como consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley que haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, o contraria al Derecho de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fueron introducidos por las leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Así, si bien esta responsabilidad se reconoce de forma expresa en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector

Público, se exigen a continuación dos condiciones procesales que no requería ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al decir que únicamente procederá la indemnización en estas ocasiones:

- a) Cuando el particular perjudicado haya recurrido la actuación administrativa de aplicación de la ley que causó el daño y se haya obtenido una sentencia firme desestimatoria del recurso («cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»).

- b) Cuando en dicho recurso se haya alegado la infracción de la Constitución o del Derecho de la Unión posteriormente declarada durante dicho procedimiento de recurso.

Además, el artículo 67 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que «el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea» y el artículo 34.1 de la Ley 40/2017 dispone que sólo son indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación.

Pues bien, sin que ni siquiera hubiera entrado aún en vigor la ley, la Comisión Europea inició, en julio del 2016, un procedimiento «EU Pilot» contra el Reino de España que fue seguido por un procedimiento de infracción que desembocó finalmente en una demanda ante el Tribunal de Justicia el 24 de junio del 2020. En la demanda, la Comisión solicita al Tribunal de Luxemburgo que declare que, al adoptar y mantener en vigor los preceptos que establecen estos requisitos, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad.

Hay que recordar que, conforme a este principio, reiterado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la Sentencia *Rewe* de 1976, si bien los derechos conferidos por el Derecho de la Unión deben ejercerse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según el régimen procesal y los plazos establecidos

por la norma nacional, en ningún caso los Estados miembros pueden regularlos de forma que hagan imposible o extremadamente difícil en la práctica el ejercicio de dichos derechos.

Las conclusiones presentadas el pasado 9 de diciembre por el abogado general Maciej Szpunar son contundentes y permiten predecir una próxima condena por incumplimiento contra España, y ello no sólo porque el Tribunal de Justicia siga su criterio en un sesenta por ciento de los casos, sino porque la vulneración del principio de efectividad resulta clamorosa. Ninguna duda ofrece, en efecto, que los requisitos introducidos en el 2015 para reclamar responsabilidad al Estado legislador por los daños sufridos como consecuencia de leyes declaradas contrarias al Derecho de la Unión hacen «extremadamente difícil» obtener una indemnización. De hecho, parecen haber sido introducidos para evitar que el Estado vuelva a tener que hacer frente a reparaciones millonarias como la derivada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero del 2014, que declaró el impuesto sobre la venta de determinados hidrocarburos —conocido como *céntimo sanitario*— contrario a la Directiva 92/12/CEE, sobre los impuestos especiales.

Estas conclusiones del abogado general revisten, a nuestro juicio, una importancia fundamental porque basan la reprobación de algunos de estos requisitos en el argumento de que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que los particulares puedan reclamar responsabilidad por los daños derivados de una ley contraria al Derecho de la Unión Europea *no es necesario, como presumía la legislación*

¹ <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/12/La-Comisi%C3%B3n-lleva-a-Espa%C3%B1a-ante-el-TJUE-por-los-requisitos.pdf>

española, que exista una sentencia de este tribunal que declare que es contraria al Derecho de la Unión.

Dicho de otro modo: los particulares pueden reclamar responsabilidad por los daños ocasionados por leyes contrarias al Derecho de la Unión sin esperar a que sean declaradas contrarias al Derecho comunitario o a que se abra un procedimiento de incumplimiento y deberán ser indemnizados por dichos daños siempre que los tribunales españoles aprecien que se trata de una infracción «suficientemente caracterizada» de acuerdo con las pautas sentadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo sólo una de ellas el que este tribunal haya constatado la infracción. En particular, interesa señalar estos criterios que enunció el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 8 de octubre de 1996, *Erich Dillenkofer* (ass. acs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94):

En efecto, por una parte, una violación es suficientemente caracterizada cuando una institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las sentencias de 25 de mayo de 1978, *HNL y otros/Consejo y Comisión*, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartado 6; *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 55, y *British Telecommunications*, antes citada, apartado 42 y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y

dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véase la sentencia *Hedley Lomas*, antes citada, apartado 28). (apdo. 25)

Pasamos a exponer resumidamente los argumentos esgrimidos por el abogado general para declarar que los preceptos cuestionados infringen el principio de efectividad:

1. *El requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declare el acto administrativo incompatible con el Derecho de la Unión es contrario al principio de efectividad*

Este requisito infringe el principio de efectividad porque, como hemos adelantado, el abogado general recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que no se puede supeditar la reparación de un daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro a que se haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento imputable a ese Estado ni a la existencia de una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial que declare la existencia de tal infracción.

Como ha reiterado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «la declaración de incumplimiento es un elemento determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple el requisito de que la violación del Derecho comunitario esté suficientemente caracterizada», de tal

forma que «un particular puede presentar una demanda de indemnización conforme a los procedimientos previstos a tal efecto por el Derecho nacional sin tener que esperar a que se dicte una sentencia que declare la infracción del Derecho comunitario por parte del Estado miembro» (Sentencia de 24 de marzo del 2009, *Danske Slagterier*, a. C-445/06).

2. *El requisito relativo a la existencia de una sentencia firme desestimatoria de un recurso del particular perjudicado contra la actuación administrativa que ocasionó, en la medida en que no prevé ninguna excepción para los casos en que el daño se derive directamente de la ley*

El abogado general considera que no vulnera el principio de efectividad supeditar la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado legislador al requisito de que el perjudicado haya interpuesto con carácter previo un recurso contra el acto administrativo adoptado en aplicación de una ley incompatible con el Derecho de la Unión.

Entre otros argumentos, aduce en este sentido que, para reclamar responsabilidad, es «un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros [que] 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 tener que soportar el daño ella sola». Además, el abogado general toma en consideración la alegación del Reino de España de que no se exige el agotamiento de las vías de recurso antes de poder ejercer una acción de responsabilidad del Estado legislador, sino únicamente el que cualquier instancia desestime el recurso.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el daño ha sido directamente causado por la ley sin que se haya adoptado ningún acto administrativo. El abogado general dice que, en contra de lo que defiende España, este supuesto es perfectamente concebible: una ley no sólo surte efectos por medio de actos administrativos. Resulta sorprendente que el Estado español afirme tal cosa cuando cada vez es más frecuente que en nuestro país se utilice el decreto ley o la regulación por ley para esquivar las garantías del derecho de defensa de los afectados por resoluciones que son materialmente administrativas (tanto por parte del Estado como por la de las comunidades autónomas).

Aquí el abogado general es categórico: «Cuando es la ley la que causa directamente el daño, ese requisito tiene por efecto en realidad impedir el ejercicio de cualquier acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador». Es, por tanto, contrario al principio de efectividad el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 «en la medida en que dicha disposición supedita en todo caso la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador a raíz de la infracción del Derecho de la Unión a que el perjudicado ejercite con carácter previo una acción contra un acto administrativo, incluso cuando el daño se deriv[e] directamente de la ley».

3. *El requisito relativo a que el perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada en el marco del recurso interpuesto contra el acto administrativo que ha causado el daño*

De los tres, éste es el requisito más infame. Como dice el abogado general, «el

particular no sólo debe haber impugnado la validez del acto administrativo que le perjudica, sino que, además, debe haber identificado correctamente la disposición concreta del Derecho de la Unión que ha sido infringida y haber previsto, conforme a la lógica del mencionado artículo 32, apartado 5, que el Tribunal de Justicia adoptaría una resolución al respecto». En definitiva, y dicho coloquialmente, se le piden «dotes de adivino».

Con tal exigencia se le está imponiendo al recurrente una carga desproporcionada y además abusiva porque, como se dice en las conclusiones, «no cabe reprochar a un particular, de manera que éste pierda su derecho a que se le indemnice un perjuicio que ha sufrido, no haber identificado él mismo la disposición del Derecho de la Unión infringida por el Estado, habida cuenta de que corresponde en primer lugar a éste garantizar la conformidad de su Derecho con el Derecho de la Unión y al juez nacional aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión».

Tal exigencia es contraria al principio de efectividad, pues supone «imponer a los perjudicados una carga que va más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar de ellos para limitar la importancia del perjuicio».

4. *Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad y limitación de los daños indemnizables*

Las conclusiones consideran también contrarios al principio de efectividad el artículo 67 de la Ley 39/2015 —que prevé que el derecho a solicitar la indemnización de un daño prescribe al año de la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la

sentencia que declare que el acto legislativo es contrario al Derecho de la Unión— y el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, que dispone que sólo son indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación.

Ello es así —según el abogado general— porque estos requisitos parten de la existencia de una resolución del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la ley, pero dicha exigencia es, por las razones ya expuestas, contraria al Derecho de la Unión.

Las conclusiones no dan la razón en cambio a la Comisión en su alegación de que el régimen español de responsabilidad del Estado legislador es contrario al principio de equivalencia al prever que, para poder exigir la responsabilidad del Estado legislador en caso de infracción del Derecho de la Unión, es necesario que la norma infringida confiera derechos a un particular y que la infracción «esté suficientemente caracterizada», a pesar de que no se exigen esos requisitos para poder ejercer una acción de responsabilidad del Estado legislador en caso de infracción de la Constitución española.

El abogado general considera que los requisitos exigidos por el legislador español no hacen sino reproducir los establecidos por el Tribunal de Justicia para que los particulares tengan derecho a una indemnización en caso de infracción del Derecho de la Unión, por lo que entran en juego en una fase anterior a la de la problemática de la efectividad y equivalencia de los requisitos del Derecho nacional que se circunscriben a regular el ejercicio del derecho a indemnización. Dicho de otro modo: el principio de equivalencia sólo es pertinente una vez que ha nacido el derecho a indemnización

con arreglo a los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no permite fundamentar la obligación de los Estados miembros a permitir *que nazca* un derecho a indemnización conforme a requisitos más favorables.

En el caso de que la futura sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirme estas conclusiones del abogado general, el legislador deberá suprimir los requisitos previstos en las leyes 39/2015 y 40/2015 que sean declarados contrarios al Derecho de la Unión o se expondrá a un nuevo proceso por incumplimiento acompañado de multas coercitivas.

Surgirá entonces una cuestión importante: ¿podrá el legislador español mantener incólumes los mismos requisitos para las reclamaciones de responsabilidad cuando se trate de leyes declaradas contrarias a la Constitución? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no le obligará a cambiarlas, pero es evidente que, si los declara contrarios al Derecho de la Unión por imponer a los perjudicados o recurrentes una carga desproporcionada y abusiva contraria al principio de efectividad, por la misma razón

habrán de considerarse contrarios al principio de responsabilidad de los poderes públicos (garantizado por los artículos 9 y 106 de la Constitución) y a la tutela judicial efectiva de su artículo 24. De no suprimirse, corresponderá por tanto al Tribunal Constitucional tomar cartas en el asunto vía cuestión de inconstitucionalidad.

En todo caso, una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que confirme las conclusiones del abogado general permitirá avanzar al Tribunal Supremo en su encomiable labor —ya iniciada— de flexibilizar la interpretación de estos requisitos para adecuarlos a los derechos y principios constitucionales. Cabe destacar, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo —sobre las que hemos dado cuenta²— que, en relación con el requisito de haber interpuesto un recurso contra el acto de aplicación de la ley que causó el daño, permiten darlo por cumplido cuando, a pesar de no haber recurrido el acto y de haber adquirido éste firmeza, se solicita a la Administración con posterioridad —pero antes de la declaración de inconstitucionalidad de la ley— su revisión de oficio y, contra su desestimación, se acude a los tribunales.

² https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/11/El_Tribunal_Supremo_flexibiliza_requisitos.pdf