

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS DEL LEGISLADOR, ESTABLECIDO EN LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO, Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UE

Argumentos expuestos a la Comisión Europea

Isaac Ibáñez García

Abogado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don FRANCISCO MONTERDE FERRER, don Fernando CALANCHA MARZANA, doña SILVIA DÍEZ SASTRE, don JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, don LUIS MEDINA ALCOZ y don José Vicente MOROTE SARRIÓN.

EXTRACTO

La Comisión Europea, como *guardiana de los tratados*, ha abierto a España un procedimiento de infracción por la regulación restrictiva de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la infracción del Derecho de la Unión Europea, contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Existen serias dudas sobre su adecuación al Derecho comunitario, tales como la intromisión de la legislación interna en la competencia del Tribunal de la Unión Europea para concretar los efectos temporales de sus sentencias o la vulneración de los principios europeos de efectividad y equivalencia; cuestiones que se desarrollan y analizan en el presente estudio.

Palabras clave: efectos temporales de las sentencias del TJUE; principios de efectividad y de equivalencia; régimen jurídico del sector público; responsabilidad patrimonial por actos legislativos contrarios al Derecho de la UE; violación suficientemente caracterizada.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017

STATE LIABILITY ARISING OUT OF THE LEGISLATURE PURSUANT TO SPANISH LAW 40/2015, OF LEGAL REGIME OF THE PUBLIC SECTOR, AND ITS LIKELY BREACH OF EU LAW

Arguments laid before the European Commission

Isaac Ibáñez García

ABSTRACT

The European Commission, as *guardian of the treaties*, has brought an infringement proceeding against the Kingdom of Spain on the grounds of the regulation restricting the liability arising out of the legislature for a breach of EU law, pursuant to Spanish Law 40/2015, of 1 October, of Legal Regime of the Public Sector.

Serious doubts about its accuracy arise when confronted against the EU law, such as the national legal system interference with the power of the CJEU to set the timely effects of its rulings, or the breach of European principles of effectiveness and equivalence; those matters are fully developed and analyzed in the present study.

Keywords: timely effects of CJEU rulings; principles of effectiveness and equivalence; legal regime of the public sector; liability arising out of the legislature for a breach of EU law; sufficiently serious breach.

Sumario

I. Antecedentes

II. La Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público

Bibliografía

I. ANTECEDENTES

La Comisión Europea, como *guardiana de los tratados*, ha abierto a España un procedimiento de infracción por la regulación restrictiva de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la infracción del Derecho de la Unión Europea, contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Según la Comisión¹:

«9. Principios de los Tratados

Carta de emplazamiento:

Responsabilidad de un Estado por infracción del Derecho de la UE. La Comisión ha decidido hoy (14 de junio de 2017) enviar una carta de emplazamiento a España debido a que sus normas nacionales en materia de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la UE establecidas por el legislador español son contrarias a los principios de equivalencia y/o efectividad. La legislación española ha establecido condiciones menos favorables en lo relativo a la responsabilidad por una infracción de la legislación de la UE que por la responsabilidad debida a una violación de la Constitución española. Además, contiene condiciones de procedimiento que no son acordes con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la UE. Las disposiciones nacionales en cuestión hacen que sea excesivamente difícil comprometer la responsabilidad del Estado por una infracción de la legislación de la UE, lo que tiene una repercusión negativa en la efectividad del Derecho de la UE».

Mientras se pergeñaba la hoy Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y con ocasión de las consecuencias de la declaración, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como contrario al Derecho de la Unión Europea del denominado «céntimo sanitario»², se produjeron, en vía administrativa, las desestimaciones de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial instadas, mediante el Acuerdo (tipo) del Consejo de Ministros de fecha 27 de febrero de 2015, denominado «Acuerdo por el que se resuelven las solicitudes de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador formuladas por quienes se citan en los Anexos I, II y III, con sustento en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2014, en relación con el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de De-

¹ <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1577_es.htm>

² Sentencia de 27 de febrero de 2014, asunto C-82/12, *Jordi Besora*.

terminados Hidrocarburos». Acuerdo que no respetaba, en nuestra opinión, la entonces regulación de la acción de responsabilidad patrimonial por actos contrarios al Derecho de la Unión Europea.

La postura adoptada por el Gobierno de desestimar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial planteadas por este asunto generó miles de demandas ante el Tribunal Supremo. Puede leerse el comunicado de prensa del Consejo General del Poder Judicial de 30 de noviembre de 2015:

«El Tribunal Supremo crea una sección para tramitar en exclusiva los recursos por el llamado "céntimo sanitario".

Resolverá primero ocho casos que marcarán la pauta para los miles de recursos presentados ante la Sala Tercera.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo ha acordado crear una sección específica que tramitará en exclusiva los miles de recursos que reclaman la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios derivados del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, regulado en el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró contrario al derecho comunitario el 27 de febrero de 2014 por vulnerar la Directiva sobre los Impuestos Especiales.

Ante los 4.000 recursos presentados y el elevadísimo número de los que siguen presentándose, la Sala Tercera ha acordado, tal y como contempla la ley, tramitar ocho recursos «testigos», cuyas sentencias abrirán el camino procesal de los miles de casos pendientes, que mientras tanto quedarán en suspenso.

La Sala Tercera ha aplicado el artículo 37.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa que prevé la posibilidad, cuando un tribunal tenga un número elevado de recursos idénticos, de acordar que siga el trámite de algunos, llamados en la ley "preferentes" (denominados también "testigos"), dejando en suspenso los restantes que sean idénticos. En cumplimiento de esta previsión legal, los magistrados han escogido ocho de los citados recursos y, mediante providencia, están comunicando la suspensión de los restantes recursos.

La mencionada Ley de lo Contencioso prevé en su artículo 111 que, una vez resueltas y notificadas las sentencias de los recursos "testigos", se dará traslado de las mismas a las partes de los recursos pendientes a los efectos legalmente previstos.

Los recursos presentados por el llamado «céntimo sanitario» equivalen a la mitad de los asuntos pendientes de toda la Sala de lo Contencioso en su conjunto. Para canalizar de la mejor forma posible estos miles de recursos, se ha habilitado una sección específica que contará con una secretaria judicial y 6 funcionarios dedicados en exclusiva a este asunto».

Tanta litigiosidad generó una serie de sentencias del Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar las de 18 de febrero de 2016 (votación del 26 de enero).

La Comisión Europea analizó tanto el referido acuerdo del Consejo de Ministros como la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada a raíz del mismo.

Respecto al referido acuerdo, puede leerse lo siguiente en el escrito de la Comisión de 15 de septiembre de 2015³:

«Los servicios de la Comisión consideran que en el momento presente deben esperar a la decisión del Tribunal Supremo en el procedimiento judicial citado. Ello es así por el decisivo papel que, en relación con la cuestión de responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de la infracción del derecho de la UE corresponde a los tribunales nacionales⁴. Por otra parte, este tratamiento parece el más conforme con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea.

En este punto, parece conveniente mencionar que es a los tribunales nacionales a los que corresponde primordialmente la función de la correcta aplicación del derecho de la UE, a cuyo efecto dichos tribunales tienen la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. En este sentido, la Comisión, después de recordar que según el TJUE "los daños causados por las instituciones nacionales comprometen únicamente la responsabilidad de dichas instituciones y los jueces nacionales son los únicos competentes para conceder tal reparación" ha indicado que "procede subrayar la importancia e, incluso, reforzar los medios de recurso disponibles a nivel nacional, que permiten a los denunciantes hacer valer sus derechos de manera más directa y personalizada"⁵».

Quizá por ello la Comisión Europea, en este asunto, tuvo abierto, sin hacer nada, un procedimiento de infracción durante 10 años. Tuvo que ser un tribunal español el que impulsara la citada resolución del Tribunal de la UE de 27 de febrero de 2014. Los perjuicios causados por la inactividad de la Comisión los sufrieron los contribuyentes españoles, que pagaron 13.000 millones de euros por un impuesto contrario al Derecho de la UE. La Comisión olvida que el ordenamiento comunitario confiere derechos a los particulares y que las dilaciones indebidas en el control de la aplicación del Derecho de la UE pueden causar perjuicios a los mismos, por la tardía depuración de los incumplimientos de los Estados.

Respecto a la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo derivada de los referidos acuerdos del Consejo de Ministros, la Comisión Europea dictaminó lo siguiente en su escrito de 9 de junio de 2016⁶, en relación con el requisito de la «violación suficientemente caracterizada»:

³ Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera. Fiscalidad Indirecta y Administración Tributaria. Control de la aplicación de la legislación de la Unión Europea y de las ayudas estatales/impuestos indirectos.

⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 1991 en los asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Francoovich*.

⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de actualización de la gestión de las relaciones con el denunciante en relación con la aplicación del derecho de la Unión, documento COM/2012/0154 final.

⁶ Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera. Fiscalidad Indirecta y Administración Tributaria. Control de la aplicación de la legislación de la Unión Europea y de las ayudas estatales/impuestos indirectos.

«Hay que subrayar que la exigencia del requisito de la vulneración suficientemente caracterizada (que procede directamente de la jurisprudencia del TJUE) y la ausencia de cuestión prejudicial no se han traducido, en el asunto (indicado), en ninguna vulneración efectiva del derecho de la UE, ni en un resultado contrario a dicho derecho. Por el contrario, como queda dicho, el TS ha reconocido el derecho de los ciudadanos comunitarios a la indemnización de los daños causados por el Estado español por la violación del derecho de la UE generada por la percepción del IVMDH.

De lo anterior se deriva que la infracción alegada carece de impacto práctico tanto para la aplicación del derecho de la UE en el asunto (citado), como en lo que se refiere, en el mismo asunto, al respeto de los derechos que para los ciudadanos se derivan de la normativa de la UE. No hay que descartar, por otra parte, que si en el futuro el TS considera que la exigencia del requisito citado en el párrafo anterior puede dar lugar a la negación de la responsabilidad patrimonial del Estado, proceda a prescindir del mismo, o formule cuestión prejudicial, como ya hizo en el asunto *Transportes Urbanos*⁷».

Un ejemplo más de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene exigiendo el requisito de la *violación suficientemente caracterizada* lo constituye la STS 1004/2016, de 6 de mayo (rec. núm. 199/2014), relativa a la oposición del artículo 79.Cinco de la Ley 37/1992 (Ley IVA) a la Sexta Directiva.

La Comisión Europea viene a hacer lo que coloquialmente se denomina *mutis por el foro*, después de su inactividad en el referido procedimiento de infracción sobre el *céntimo sanitario* y después de que el Gobierno español utilizase dicha inactividad en defensa de su posición. Insistió la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo en que la Comisión, con su actitud, pudo contribuir a la omisión, a la adopción o al mantenimiento de la medida nacional contraria al Derecho de la UE. Se sostiene que hubo negociaciones, acuerdos, colaboración mutua y que el procedimiento de infracción terminó archivado y sin presentación de demanda ante el Tribunal de Justicia. La actuación de la Comisión contribuyó claramente al mantenimiento en vigor del impuesto controvertido.

En otros casos, el Tribunal Supremo entiende perfectamente el funcionamiento del *principio de equivalencia*. Así, en el Auto de 4 de abril de 2017 (Revisión 7/2017 de su Sala de lo Civil) sobre inadmisión a trámite de demanda de revisión de sentencia firme basada en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y su doctrina sobre los efectos restitutorios de la nulidad de las «cláusulas suelo», puede leerse:

«6. El principio de equivalencia impone la revisión de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional, con base en una sentencia posterior del TJUE que sea incompatible con la jurisprudencia nacional, si el ordenamiento interno establece que

⁷ Sentencia de 26 de enero de 2010 en el asunto C-118/08.

cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia.

Como hemos explicado, ese no es el caso de España, cuyo ordenamiento interno no permite que un cambio en la jurisprudencia permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia. Por tanto, el principio de equivalencia no impone que, con base en una sentencia del TJUE cuya doctrina sea incompatible con sentencias firmes dictadas con anterioridad por los tribunales nacionales, se admita la revisión de tales sentencias firmes».

Parece claro que si no es exigible la existencia de una «violación suficientemente caracterizada» cuando se reclama responsabilidad patrimonial por leyes declaradas inconstitucionales, en el caso análogo de leyes declaradas contrarias al derecho de la UE no debe exigirse tampoco, pues se vulneraría el principio de equivalencia.

Como ha señalado NÚÑEZ LOZANO⁸, «la necesidad de contar con instrumentos idóneos para revisar los actos cuando así viene impuesto por el Derecho de la Unión ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina, que tempranamente advirtió la incapacidad de la Ley de Procedimiento de 1958 para cumplir con las exigencias del régimen de ayudas de Estado. Desde entonces se han sucedido propuestas que, en general, han abogado por la introducción de una nueva causa de nulidad de pleno derecho consistente en la infracción del Derecho de la Unión; o por la adaptación o el diseño de un procedimiento especial para la revisión de actos contrarios al Derecho de la Unión que orille los límites de los procedimientos de declaración de nulidad del acto y de la declaración de lesividad. En relación con la recuperación de ayudas de Estado se ha sugerido el establecimiento de una "*conditio iuris* en la concesión de todas las subvenciones conforme a la cual estas quedarían resueltas en caso de que la Comisión adoptase una Decisión de recuperación" (BUEN ARMIJO) e incluso se ha interpretado que el hoy artículo 108 del TFUE incorpora una nueva vía de revisión de actos firmes, "de modo que a las autoridades nacionales únicamente les restaría la competencia de ejecución voluntaria o forzosa"» (GOMÁ LANZÓN).

Hasta la fecha, la respuesta del legislador ha sido bien distinta, pues ha optado por la regulación de procedimientos encaminados a neutralizar los efectos de los actos y que no cuestionan su validez o invalidez, como son los de reintegro de subvenciones y de recuperación de ayudas de Estado en el ámbito tributario. Ello ha supuesto un avance respecto del panorama anterior, como también lo son las mejoras introducidas últimamente en sede de procedimiento, la nueva disposición adicional novena de la LJCA y la regulación de los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. También merece una valoración favorable el que en la reforma del recurso de casación se

⁸ NÚÑEZ LOZANO, M. C.: «La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales», ponencia para el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017.

haya considerado que pueden tener interés casacional determinados supuestos relacionados con el Derecho de la Unión. Sin embargo, seguimos sin contar con una norma general que facilite la revisión de oficio de los actos favorables contrarios al Derecho a la Unión cuando el Estado resulta obligado a ello, lo que resulta insatisfactorio en la medida en que puede abocar a la inaplicación por la Administración de la norma contraria como cláusula de cierre, lo que tampoco resuelve por completo el problema.

Por último, la incidencia de las sentencias del Tribunal sobre los actos inválidos desfavorables es muy limitada. Nuestro Derecho se ajusta al mínimo que exige el principio de efectividad, la posibilidad de interponer un recurso en plazo razonable, lo que explica el que no se haya introducido ninguna causa específica de nulidad de pleno derecho de los actos que infringen el Derecho de la Unión, ni con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1992 ni con ocasión de la nueva LPACAP. La única intervención del legislador ha sido, precisamente, la regulación de la responsabilidad patrimonial derivada de norma contraria al Derecho de la Unión, que ha cerrado la vía jurisprudencial que permitía neutralizar los efectos del acto inválido no recurrido mediante el equivalente de una indemnización».

II. LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

El 2 de octubre de 2015 se instó a la Comisión Europea para que abriera un procedimiento de infracción contra la nueva regulación del Régimen de responsabilidad patrimonial por actos del legislador.

El artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público⁹ es del siguiente tenor:

«Artículo 32. *Principios de la responsabilidad.*

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

⁹ Boletín Oficial del Estado, núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de

las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

En mi opinión, el apartado 5 de referido artículo (en cuanto exige la previa alegación de la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada) es contrario al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues hace excesivamente difícil (sobre todo para un ciudadano medio, que debe anticipar la existencia de una vulneración del Derecho de la UE) el ejercicio de la acción de responsabilidad.

En este sentido, a CALDERÓN GONZÁLEZ y ORDÓÑEZ SOLÍS¹⁰ les resulta «llamativo que, además de los tres elementos clásicos de la jurisprudencia europea (una norma que confiera derechos a los particulares, un incumplimiento suficientemente caracterizado y la relación de causalidad directa), el legislador español requiera que, para el caso de haber sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, "se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada"». Para estos autores, «nada hay que reprochar al legislador español, cuando se trata de codificar aspectos procedimentales que corresponde desde luego resolver a las autoridades nacionales. En cambio, más atrevida resulta la codificación de aspectos sustantivos que, en algún supuesto, parecen entrar en contradicción con la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

Según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desde la sentencia *Francovich* y otros, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, con la salvedad de que las condiciones, en particular en materia de plazos, establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños, no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).

Además, dicho apartado 5 confunde la acción de responsabilidad patrimonial con los mecanismos de revisión de actos administrativos, que no tienen el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes. El TJUE se ha encargado también de distinguir entre procedimientos, entre

¹⁰ CALDERÓN GONZÁLEZ, J. M. y ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Anulación e indemnización en el Derecho tributario español de actos firmes contrarios al Derecho de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2, 2016.

otras, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (Asunto C-160/14. *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros*):

«55. En cuanto a la incidencia del principio de fuerza de cosa juzgada en la situación controvertida en el litigio principal, basta con recordar que el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, en una acción de responsabilidad ejercitada contra el Estado, la parte demandante obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no obtiene necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico de la Unión exige tal reparación, pero no impone la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño (véase la sentencia *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 39)».

Normalmente, la acción de responsabilidad patrimonial se ejercita una vez es conocida por los perjudicados la infracción del Derecho de la Unión Europea por el Derecho interno, es decir, cuando se publica la sentencia del Tribunal de Justicia que constata el incumplimiento.

También el apartado 6 del referido artículo es contrario al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En efecto, el TJUE ha advertido de forma reiterada que es competencia exclusivamente suya limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias y examinar previamente en cada caso si concurren los requisitos que exige su jurisprudencia para ello.

Así, en su Sentencia de 27 de febrero de 2014 (Asunto C-82/12. *Transportes Jordi Besora, SL*) el Tribunal sentó lo siguiente:

«40. A este respecto, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la interpretación que este, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en especial, las sentencias de 17 de febrero de 2005, *Linneweber y Akritidis*, C-453/02 y C-462/02, Rec. p. I-1131, apartado 41; de 6 de marzo de 2007, *Meilicke*

y otros, C-292/04, Rec. p. I-1835, apartado 34, y de 10 de mayo de 2012, *Santander Asset Management SGIIC y otros*, C-338/11 a C-347/11, apartado 58).

41. Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka*, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 51; de 3 de junio de 2010, *Kalinchev*, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y *Santander Asset Management SGIIC y otros*, antes citada, apartado 59).

42. Más concretamente, el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy concretas, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión (véanse, en particular, las sentencias de 27 de abril de 2006, *Richards*, C-423/04, Rec. p. I-3585, apartado 42; *Kalinchev*, antes citada, apartado 51, y *Santander Asset Management SGIIC y otros*, antes citada, apartado 60).

43. Por lo que respecta al primer criterio, relativo a la buena fe, debe señalarse, en el caso de autos, que, además de que en la sentencia *EKW y Wein & Co.*, antes citada, dictada en el año 2000, el Tribunal de Justicia ya se pronunció sobre un impuesto con aspectos análogos a los del IVMDH en relación con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12, no se desprende en modo alguno de los elementos aportados por la Generalitat de Catalunya y el Gobierno español, contrariamente a lo que alegan, que la Comisión hubiera indicado en algún momento a estas autoridades que el IVMDH fuera conforme a dicha disposición.

47. Dado que no se cumple el primer requisito contemplado en el apartado 41 de la presente sentencia, no es necesario comprobar si concurre el segundo requisito mencionado en dicho apartado, relativo al riesgo de trastornos graves.

48. No obstante, ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia, las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación en el tiempo de los efectos de esa sentencia (sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartado 52; de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, C-209/03, Rec. p. I-2119, apartado 68; *Kalinchev*, antes citada, apartado 52, y *Santander Asset Management SGIIC y otros*, antes citada, apartado 62).

49. Si ello no fuera así, las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son estas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros. Además, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo basándose únicamente en consideraciones de este tipo redundaría en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que la normativa fiscal de la Unión confiere a los contribuyentes (véase la sentencia de 11 de agosto de 1995, *Roders y otros*, C-367/93 a C-377/93, Rec. p. I-2229, apartado 48)».

Queda más claro aún en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2007 (Asunto C-292/04 *Wienand Meilicke*), que refiere como «principio» el de que «una limitación solo puede admitirse en la misma sentencia» del Tribunal de Justicia:

«35. Debe destacarse que solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe (véanse, en especial, las sentencias de 23 de mayo de 2000, *Buchner y otros*, C-104/98, Rec. p. I-3625, apartado 39, y *Linneweber y Akritidis*, antes citada, apartado 42).

36. Por otra parte, según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, tal limitación únicamente puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada (sentencias de 2 de febrero de 1988, *Barra*, 309/85, Rec. p. 355, apartado 13, y *Blaizot*, 24/86, Rec. p. 379, apartado 28; de 16 de julio de 1992, *Legros y otros*, C-163/90, Rec. p. I-4625, apartado 30; de 15 de diciembre de 1995, *Bosman y otros*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 142, y de 9 de marzo de 2000, *EKW y Wein & Co.*, C-437/97, Rec. p. I-1157, apartado 57).

37. En efecto, es necesario un momento único de determinación de los efectos en el tiempo de la interpretación solicitada que realiza el Tribunal de Justicia de una disposición del Derecho comunitario. A este respecto, el principio de que una limitación solo puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada garantiza la igualdad de trato de los Estados miembros y de los demás justificables frente a este derecho y cumple, de esa manera, las exigencias que impone el principio de seguridad jurídica.

38. La interpretación solicitada mediante la presente petición de decisión prejudicial se refiere al trato fiscal que debe conceder un Estado miembro, en el marco de un sistema nacional destinado a prevenir o a atenuar la doble imposición económica, a dividendos repartidos por una sociedad establecida en otro Estado miembro. A este respecto, del apartado 62 de la sentencia *Verkooijen*, antes citada, resulta que el Derecho comunitario se opone a una disposición legislativa de un Estado miembro que supedita la concesión de una exención de impuesto sobre la renta que grava los dividendos abonados a los accionistas que sean personas físicas al requisito de que dichos dividendos sean repartidos por sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro.

39. Pues bien, es preciso señalar que el Tribunal de Justicia no limitó en el tiempo los efectos de dicha sentencia».

Y más recientemente la STJUE, de 29 de septiembre de 2015, recaída en el asunto C-276/14 (*Gmina Wrocław*):

«Sobre la limitación de los efectos en el tiempo de esta sentencia

43. En el supuesto de que el Tribunal de Justicia estimara que las entidades integradas en el presupuesto municipal no pueden ser consideradas sujetos pasivos del IVA, el Gobierno polaco ha solicitado al Tribunal de Justicia en sus observaciones escritas que limite los efectos de su sentencia en el tiempo.

44. Se ha de recordar en ese sentido que, según jurisprudencia reiterada, la interpretación por el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, de una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (sentencia *Balazs*, C-401/13 y C-432/13, EU:C:2015:26, apartado 49 y jurisprudencia citada).

45. Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (sentencia *Balazs*, C-401/13 y C-432/13, EU:C:2015:26, apartado 50 y jurisprudencia citada).

46. Basta observar en ese sentido que el Gobierno polaco no ha demostrado la existencia de un riesgo de trastornos graves. En efecto, en la vista ese Gobierno reconoció que no estaba en condiciones de evaluar las repercusiones económicas referidas.

47. Siendo así, no ha lugar a limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia».

La no limitación de los efectos de la sentencia por el tribunal sentenciador produce que los efectos de la misma sean *ex tunc*. Con la reforma legal es la propia ley la que actuando *ultra vires* produce una limitación *ipso iure* de los efectos –a partir de su publicación, *ex nunc*–, con lo que se está vulnerando el designio o propósito del tribunal sentenciador: la no limitación de los efectos.

Por ello, los Estados miembros no pueden regular los efectos temporales de las sentencias del Tribunal de Justicia, ni siquiera en el caso de que la sentencia no establezca nada al respecto.

Con referido precepto el Estado miembro se abstendrá de solicitar del Tribunal de Justicia la limitación de los efectos de su sentencia, dado que si no hay pronunciamiento del Tribunal la ley citada establece que la sentencia producirá efectos desde su publicación en el DOUE.

Asimismo, y con independencia de lo anterior, el referido apartado 6, al establecer los efectos prospectivos de la sentencia del Tribunal de Justicia, sería contrario al principio de efectividad, anteriormente aludido, dado que es muy posible que la Administración entienda que no pueden ser revisadas en vía administrativa situaciones anteriores no prescritas, para las que existe un trámite *ad hoc* en la Ley General Tributaria. Trámite, sin embargo, de carácter general que no está referido expresamente al caso de tributos pagados en aplicación de una norma contraria al Derecho de la UE.

Antes de la reforma legal a la que se refiere este trabajo, el procedimiento para devolver tributos contrarios al Derecho de la Unión Europea –según la propia Administración– era el de rectificación de autoliquidaciones. Así lo hizo constar claramente en el asunto del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos (IVMDH)¹¹:

«4. ¿Cuál es el procedimiento para solicitar la devolución del impuesto?

Dado que el IVMDH era objeto de autoliquidación trimestral a través del modelo 569, el procedimiento de devolución será el de rectificación de autoliquidaciones, por aplicación de los artículos 221.4 y 120.3 de la Ley General Tributaria.

Este procedimiento está regulado en los artículos 126 a 129 del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT).

Las disposiciones generales relativas a las devoluciones de ingresos indebidos se encuentran recogidas en los artículos 14 a 16 del Reglamento General de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa (RRVA).

13. ¿Puedo obtener la devolución de cualquier cantidad soportada del IVMDH a lo largo de todo su periodo de vigencia, esto es, entre los años 2002 y 2012?

No, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite plazos de prescripción por razones de seguridad jurídica (sentencias de 17 de noviembre de 1998 C-228/96, de 9 de febrero de 1999 C-343/96 o de 11 de julio de 2002, C-62/00).

La Resolución 2/2005, de 14 de noviembre (BOE del 22) de la Dirección General de Tributos, sobre la incidencia en el derecho a la deducción en el Impuesto sobre el Valor Añadido de la percepción de subvenciones no vinculadas al precio de las operaciones a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005, concluía en su punto VII que la sentencia del Tribunal tenía un

¹¹ <http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/Aduanas_e_Impuestos_Especiales/Preguntas_Frecuentes/Devoluciones_IVMDH/Preguntas_frecuentes/Preguntas_frecuentes.shtml>

efecto retroactivo limitado a las situaciones jurídicas a las que sea aplicable y respecto de las que no haya cosa juzgada, prescripción, caducidad o efectos similares, respetando, por tanto, las situaciones jurídicas firmes. Estas consideraciones se entienden aplicables al supuesto actual.

Aplicando los plazos generales de prescripción previstos por la Ley General Tributaria, las solicitudes que se formulen no podrán afectar a cantidades suministradas en periodos anteriores a 2010, salvo que para dichos periodos se acredite la interrupción de la prescripción.

14. ¿Qué plazo tengo para presentar la solicitud?

Para instar la devolución de ingresos indebidos a través del procedimiento de rectificación de autoliquidaciones no hay un plazo limitado, más allá de los plazos generales de prescripción de cuatro años de la Ley General Tributaria (artículo 126.2 RGAT)».

Ninguna alusión a la acción de responsabilidad del Estado legislador derivada de daños de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, a pesar de que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo la consideraba apta a tales efectos. Ahora, con la nueva regulación, la Administración puede considerar que existe una normativa *ad hoc* y que no son aplicables los procedimientos de revisión establecidos en otras leyes (por ejemplo, la Ley General Tributaria), dado que la ley *ad hoc* limita los efectos de las sentencias (principio de la ley especial).

DE LA TEJERA HERNÁNDEZ¹² señala, respecto a la situación anterior a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en que «es menester recordar que en el ordenamiento español, cuando el TJUE declara que una ley tributaria resulta incompatible con el Derecho de la Unión Europea, o cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma tributaria, el contribuyente dispone de dos opciones: el procedimiento de devolución de ingresos indebidos (solicitando la rectificación de la autoliquidación), o bien la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

El Tribunal Supremo ha resuelto que cuando no se hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones, el interesado tiene a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión del acto nulo de pleno derecho, y simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, está legitimado para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también puede utilizar directamente esta acción, "ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño anti-jurídico la vía previa de revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciuda-

¹² DE LA TEJERA HERNÁNDEZ, E. V.: *La restitución de tributos contrarios al Derecho europeo (devolución, responsabilidad patrimonial y reforma de la Ley General Tributaria)*, Instituto de Estudios Fiscales (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), 2015.

dano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes" (STS 2045/2007, de 30 de marzo de 2007, n.º de recurso: 336/2005)».

Hemos visto que la Administración no ha respetado esta tesis (asunto IVMDH) y con la redacción del artículo 32 es muy posible que niegue la posibilidad de revisión de actos a través de procedimientos distintos al ahora regulado en dicho artículo 32 y siguientes (principio de la ley especial).

Asimismo, en el artículo 67 de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹³, se dispone lo siguiente:

«Artículo 67. *Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial.*

1. Los interesados solo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32 apartados 4 y 5 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, 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.

2. Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante».

El plazo de un año establecido en dicho artículo 67 parece ser respetuoso con el «principio de efectividad» perfilado por la jurisprudencia del TJUE. Siempre que se entienda, exclusivamente, como plazo para ejercitar la acción (principio de la *actio nata*).

¹³ Boletín Oficial del Estado, n.º 236, del 2 de octubre de 2015.

Sin embargo, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece en su artículo 223 que «el plazo para la interposición de este recurso (potestativo de reposición) será de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación del acto recurrible o del siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo», y en su artículo 235 que «la reclamación económico-administrativa en única o primera instancia se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado, desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo o desde el día siguiente a aquel en que quede constancia de la realización u omisión de la retención o ingreso a cuenta, de la repercusión motivo de la reclamación o de la sustitución derivada de las relaciones entre el sustituto y el contribuyente».

Me refiero ahora al caso de que se entendiera que el artículo 32 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público es compatible con los demás procedimientos de revisión de actos establecidos en la Ley General Tributaria y en otras normas de procedimiento administrativo.

Dado que la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público exige, para la prosperabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial por actos del legislador contrarios al Derecho de la Unión Europea que el perjudicado haya obtenido previamente una sentencia firme desestimatoria y que haya, asimismo, alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea, puede darse el caso de la existencia de actos administrativos consentidos y firmes (no recurridos), cuya firmeza se haya producido poco tiempo antes de la sentencia del Tribunal de Justicia (por ejemplo, un mes y medio; dos meses) y enterado el perjudicado de la sentencia del Tribunal de Justicia ya no pueda ejercitar su acción de responsabilidad. Parece que en estos casos no se cumple con el principio de efectividad, haciéndose prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización. No se puede exigir al ciudadano o contribuyente medo un grado de diligencia tal, consistente en cuestionar la adecuación del derecho interno al de la Unión Europea.

En virtud del principio comunitario de equivalencia y de la jurisprudencia del TJUE, recaída en su trascendental Sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto C- 118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L.*), podría ser cuestionable la aplicación del requisito de la «violación suficientemente caracterizada»¹⁴, pues «tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente». Para GALÁN VIOQUE¹⁵ la norma aquí cuestionada no respeta los principios comunitarios de efectividad y de equivalencia:

«Es discutible que con esta regulación se cumpla con el principio de efectividad que exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prohíbe que una regulación

¹⁴ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «¿Réquiem por la acción de responsabilidad patrimonial por actos legislativos tributarios?», *ECJ Leading Cases*, año IV (2015), vol. 2.º, 15 de abril de 2015.

¹⁵ GALÁN VIOQUE, R.: «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente de ilícito legislativo)», *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

nacional pueda establecer unas condiciones que *de facto* imposibiliten el reconocimiento de responsabilidad derivada de una infracción imputable a un Estado miembro del Derecho de la Unión Europea porque "hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener reparación"¹⁶. Lo que es indudable es que con esta regulación se va a alentar innecesariamente una elevadísima litigiosidad con un mero carácter preventivo, que resulta difícilmente justificable.

En el apartado 6 del artículo 32 del Proyecto de Ley se adicionan, a los requisitos formales ya examinados, que exigen que haya recaído una declaración de invalidez de la ley y que se hubiese obtenido previamente una sentencia desestimatoria firme en la impugnación de la actuación administrativa de aplicación de la ley que causó el daño donde se hubiese alegado su invalidez, otros dos requisitos materiales como son que la norma de la Unión Europea infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que el incumplimiento estatal sea suficientemente caracterizado. Se trata de dos requisitos que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en unos términos discutibles, aplica ya a la indemnización por los daños imputables a una ley contraria al Derecho de la Unión Europea. Por lo que en realidad el proyecto de ley se ha limitado en este caso a positivar una restrictiva doctrina del Tribunal Supremo, criticada por la doctrina¹⁷.

Con arreglo a la regulación contenida en el Proyecto de Ley bastará con que una sentencia constitucional declare la inconstitucionalidad de una ley, con independencia de la vulneración en que se haya incurrido, para que, si se reúnen el resto de los requisitos establecidos en los apartados 3, 4 y 5 de su artículo 32, proceda el reconocimiento de una indemnización. Por el contrario, si se trata de una disposición que vulnera el Derecho de la Unión Europea no será suficiente con el cumplimiento de todos estos requisitos. Ya que será necesario además que la norma del Derecho de la Unión Europea hubiese reconocido un derecho subjetivo al particular y que la violación que se haya producido sea suficientemente caracterizada. Lo que a mi juicio vulnera el principio de equivalencia».

Como bien ha señalado ARZOZ SANTISTEBAN¹⁸, «la competencia procedimental de los Estados miembros no puede servir para incumplir el Derecho de la Unión. La jurisprudencia comunitaria ha desarrollado y concretado la sujeción de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros al principio de cooperación leal a través de los principios de equivalencia y de efectivi-

¹⁶ Sobre el alcance del principio de efectividad puede consultarse, por todas, la STJCE, de la Gran Sala, de 24 de marzo de 2009, caso *Danske Slagterier contra Bundesrepublik Deutschland* (TJCE 2009/63).

¹⁷ Como hace ALONSO GARCÍA, M. C. en «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado Legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, págs. 222; y en «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador» en Quintana López, T. (dir.) y Casares Marcos, A. (coord.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, págs. 502 a 504; y yo mismo en «La evolución expansiva de la responsabilidad de los poderes públicos», en López Menudo, F. (coord.), *Derechos y garantías del ciudadano: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, 2011, pág. 619.

¹⁸ ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, mayo-agosto 2013.

dad. Los principios de equivalencia y de efectividad se aplican cumulativamente a la determinación de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una norma procedimental o contenciosa interna.

Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige a las autoridades estatales, tanto judiciales como administrativas, que hagan "todo lo posible" y que movilicen todos los recursos y mecanismos jurídicos disponibles en el ordenamiento interno al servicio de la efectividad del Derecho de la Unión. De esta forma, la competencia procedimental nacional queda instrumentalizada y subordinada al cumplimiento de la obligación de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. No existe propiamente una elección "libre" o "autónoma", sino una elección "orientada" de los medios de ejecución o las normas de procedimiento que proporciona el Derecho interno».

A mi entender, es de aplicación al artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, lo sostenido por la Comisión Europea en sus «Observaciones escritas», de 13 de julio de 2015, evacuadas ante el Tribunal de Justicia en el Asunto C-154/15, *Gutiérrez Naranjo*:

(<http://economia.elpais.com/economia/2015/10/26/actualidad/1445882123_676560.html>):

«43. En segundo lugar y aun si obviáramos lo anterior, en la medida en que: (i) la posibilidad de limitar los efectos retroactivos de la interpretación de una norma de Derecho de la Unión es –como el propio Tribunal de Justicia ha recordado– excepcional, (ii) que dicha limitación está sujeta a un previo análisis de concurrencia de requisitos por parte del mismo Tribunal; y, especialmente, (iii) que dicha limitación tendría repercusión directa en el alcance y aplicación del Derecho de la Unión, la Comisión considera que no sería posible reconocer a los tribunales nacionales la posibilidad de limitar el alcance de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a una norma del Derecho de la Unión. Dicha facultad implicaría darles la posibilidad de decidir sobre el alcance del Derecho de la Unión, lo cual menoscabaría la competencia del propio Tribunal de Justicia y sería claramente contraria a los Tratados».

Con los mismos argumentos que los utilizados por la Comisión Europea ha de sostenerse que no es posible reconocer al legislador nacional la posibilidad de limitar el alcance de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a una norma del Derecho de la Unión; incluso en el caso de que el Tribunal de Justicia no se haya pronunciado al respecto. Dicha facultad implicaría darle la posibilidad de decidir sobre el alcance del Derecho de la Unión, lo cual menoscabaría la competencia del propio Tribunal de Justicia y sería claramente contraria a los tratados.

Asimismo, utilizando argumentos (*mutatis mutandis*) contenidos en dichas «Observaciones escritas» y comparando dicho artículo 32 de la Ley 40/2015 con la legislación que sustituye y la jurisprudencia que ha venido interpretándola, podría decirse que mentado artículo 32 genera un *aliciente perverso* para el legislador, que no tendría nada que perder al dictar normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, ya que solo a partir de una hipotética declaración de contradicción con el Derecho comunitario se producirían los efectos de la sentencia. Los ciudadanos, en

cambio, pecharían con los perjuicios que se les hayan originado por confiar en la norma. En definitiva, la nueva norma (artículo 32) socava el *efecto disuasorio* que la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador tiene para una correcta incorporación y aplicación del Derecho de la Unión Europea en España.

El Abogado General señor Mengozzi, en sus conclusiones, evacuadas el 13 de julio de 2016, recaídas en los asuntos acumulados C-154/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U.*, C-307/15 *Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*, y C-308/15 *Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu*, señaló que:

«78. Deseo, no obstante, expresar determinadas consideraciones finales para eliminar cualquier ambigüedad, dada la relevancia sistémica de esos asuntos.

79. Reitero que la solución propuesta se circunscribe a las circunstancias particulares de dichos asuntos y que tal limitación, decidida por un órgano jurisdiccional supremo, debe seguir siendo excepcional.

80. Asimismo, la solución que propongo no debe de ninguna manera ser entendida como un respaldo a la tesis de que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden o deben aplicar los criterios utilizados por el propio Tribunal de Justicia cuando se le solicita que limite los efectos de sus propias sentencias. La regulación por la que se articulan las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro puede limitar los efectos de sus propias sentencias pertenece, a primera vista, a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros dentro de los límites impuestos por los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión. Esta es la razón por la que, en cualquier caso, no considero operante un análisis más profundo de los criterios de buena fe y de riesgo de trastornos graves, en el sentido de la sentencia *RWE Vertrieb*¹⁹ a la que el Tribunal Supremo se refirió en múltiples ocasiones. Por el contrario, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia sigue siendo el principal competente, en aras de la primacía y de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, para apreciar la conformidad con el Derecho de la Unión de las condiciones establecidas a nivel nacional relativas a la limitación de los efectos en el tiempo de los efectos de las sentencias que dictan los órganos jurisdiccionales supremos en su función de juez ordinario del Derecho de la Unión».

Lo dicho por el Abogado General considero que no modifica lo expresado por la Comisión Europea en sus Observaciones escritas de 13 de julio de 2015 y que confirma lo que expuse a la Comisión sobre el particular.

Finalmente, el TJUE, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, recaída en el asunto de referencia (C-154/15, *Gutiérrez Naranjo*), ha dejado sentado que:

¹⁹ Sentencia de 21 de marzo de 2013 (C-92/11, EU:C:2013:180).

«70. No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal –como es un plazo razonable de prescripción– de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, *Barth*, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, *Barra* y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13)».

Queda claro, por tanto, que ni los jueces nacionales ni el legislador nacional pueden adoptar medidas relativas a la limitación en el tiempo de las sentencias del TJUE, que es el único que puede decidir al respecto.

Por último, entiendo que la incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea va también referida a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

«Artículo 34. *Indemnización*.

1. Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa».

Por los mismos motivos expuestos anteriormente. Además, puede suceder lo siguiente (por ejemplo, en materia tributaria):

- Que el reclamante hubiere obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño y hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada o la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada; y que los importes en su día reclamados se refieran a años anteriores que no entren en el plazo de cinco años a que se refiere el artículo 34.1; sin que, por ejemplo, el TJUE haya realizado especial mención

sobre los efectos de la sentencia, por lo que estos serían *ex tunc*. Por lo que dicho artículo 34.1 los limita por su cuenta.

- Que la ley declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea hubiere sido derogada o modificada antes de la sentencia que la declara inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea y que, por tanto, el derecho a indemnización quedara parcial o totalmente sin contenido; habiendo, previamente, el ciudadano intentado hacer valer su derecho en los términos expresados.

El 4 de junio de 2016 se remitió a la Comisión Europea el interesante estudio de BERBEROFF AYUDA, magistrado jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo: «Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión: Algunas reflexiones sobre su nuevo régimen jurídico»²⁰, que expresa también serias dudas sobre la compatibilidad de la nueva regulación con el Derecho de la Unión Europea.

COBREROS MENDAZONA²¹ ha señalado también, respecto a la nueva regulación contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que «se incorpora *ex lege* el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

De acuerdo con los dictámenes del Consejo de Estado y, sobre todo, con las sentencias del Tribunal Supremo, el legislador ha incluido expresamente el tan reiterado requisito. Sin embargo, para el supuesto de leyes inconstitucionales no se exige cualificación alguna a la inconstitucionalidad.

Esta diferencia de trato permite albergar serias dudas sobre su adecuación al derecho supranacional: bien por no respetar el principio de equivalencia (como se sostiene por algunos), bien por no respetar la prevalencia del derecho interno «establecida expresamente por el Tribunal de Justicia— cuando las condiciones de fondo o los requisitos sean menos restrictivos (como aquí se ha sostenido)».

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO²² se expresa así sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción para reclamar responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la

²⁰ <<http://revistas.elderecho.com/revistas/revistadejurisprudencia/>> núm. 1, junio 2016.

²¹ COBREROS MENDAZONA, E.: «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad matrimonial», *Revista de Administración Pública*, núm. 200 (mayo/agosto 2016), dedicado a «El Derecho Administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea». De este autor puede verse también «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, enero-abril, 2015.

²² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: «Una mala reforma del procedimiento administrativo (y III)» <<http://almacendederecho.org/una-mala-reforma-del-procedimiento-administrativo-iii/>>, 17 de octubre de 2016.

Unión Europea: «También provoca una cierta sorpresa y perplejidad la regulación del plazo de prescripción de la acción para reclamar responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. La nueva regulación de esta acción constituye una de las novedades más relevantes de la LRJSP (art. 32), que, por cierto –en mi opinión–, plantea algunos problemas desde el punto de vista del principio europeo de equivalencia (en comparación con el régimen de la acción para pedir indemnización por daños derivados de la aplicación de una ley declarada inconstitucional). Se hizo referencia a esto en este *blog*. Pero no quiero centrar ahí la atención, sino solo en el aspecto regulado en el artículo 67.1 (tercer párrafo) de la LPAC, según el cual el plazo general de prescripción de un año de la acción de responsabilidad por daños derivados de la actividad estatal, en este caso, se computa a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia que declare la contrariedad de la norma española al Derecho de la Unión Europea.

Esta regulación provoca sorpresa porque es doctrina jurisprudencial reiterada del TJUE que la declaración de responsabilidad estatal por infracción del Derecho de la Unión no puede hacerse depender de una previa declaración de la contrariedad a ese Derecho de la ley estatal por parte del mencionado tribunal (por todas, STJ [*Brasserie du Pêcheur/Factortame*, asuntos acumulados C-46/93 y C 48/93] de 5 de marzo de 1996, ap. 95). A diferencia de lo que sucede con la declaración de inconstitucionalidad de una ley (monopolizada por el Tribunal Constitucional) y la acción de daños derivada de la aplicación de esa ley, el juez nacional ordinario, cuando ha de pronunciarse sobre una reclamación por daños derivados de la aplicación de una ley supuestamente contraria al Derecho de la Unión, puede –en ejercicio de una facultad que está fortísimamente desconcentrada– analizar y resolver en primer término la cuestión de si, en efecto, dicha ley incumple ese Derecho supranacional. Esto también había sido ya destacado muchas veces por la doctrina.

En definitiva, la LPAC elige como *dies a quo* del plazo de prescripción de un año el de la producción de un evento (la publicación de una STJUE en el DOUE) que no tiene por qué existir. Es imaginable el caso de que el juez nacional, ante la necesidad de pronunciarse sobre si una ley española vulnera el Derecho de la Unión a los efectos de conceder o no una indemnización reclamada por daños derivados de su aplicación, plantee la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE). En ese caso también carece de sentido el *dies a quo* seleccionado por el legislador, porque –como es obvio– la STJUE se publicará después de que la reclamación se haya formulado, mientras se tramita el proceso ante el órgano judicial nacional que tiene como objeto pronunciarse sobre la existencia o la inexistencia de ese derecho a ser indemnizado.

En estas circunstancias, en ocasiones no quedará más remedio para el intérprete y aplicador de la norma que buscar otro *dies a quo*. Su identificación dependerá seguramente de los concretos intereses en juego en el caso concreto. Con mucha prudencia se propone aquí reflexionar sobre si pudiera considerarse como fecha a partir de la cual computar el plazo de la sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, en el que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión (art. 32.5 LRJSP) que pretende hacerse valer también en la acción de responsabilidad. La existencia de esa sentencia desestimatoria sí que es un requisito para que pueda surgir el derecho a la indemnización».

Bibliografía

IBÁÑEZ GARCÍA, I.: [2016]: «La ablación de la acción de responsabilidad patrimonial por actos legislativos tributarios. (Análisis de su posible inconstitucionalidad e incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea)», *Revista Técnica Tributaria* (edición extraordinaria XX Premio AEDAF 2015).

- [2015]: «"Céntimo sanitario" y "nivel mínimo de imposición" (un caso de invocabilidad vertical inversa de las directivas comunitarias)», Sepín, julio.
- [2015]: «La confianza en la ley se resquebraja», *Cinco Días*, 8 de junio.
- [2015]: «¿Réquiem por la acción de responsabilidad patrimonial por actos legislativos tributarios?», *ECJ Leading Cases*, año IV, vol. 2.º, 15 de abril.
- [2014]: «Vías dispuestas en nuestro ordenamiento para realizar el derecho de reparación derivado de las sentencias del TJUE en materia tributaria (A propósito de la recuperación del «céntimo sanitario»)», *RCyT*, CEF, núm. 379, octubre.
- [2013]: «La protección efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión Europea», en D. Ordóñez Solís (coord.), *La recepción del Derecho de la Unión Europea en España. Derechos, Mercado Único y armonización fiscal en Europa. Liber Amicorum Antonio Martínez Lafuente*, Wolters Kluwer.
- [2013]: «Céntimo sanitario, ¿y la Comisión Europea, qué?», *Cinco Días*, 26 de noviembre.
- [2011]: *La incorporación del Derecho de la Unión Europea en España (Materiales para la reflexión)* (prólogo de A. Martínez Lafuente), Dykinson (libro electrónico).
- [2011]: «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la infracción del Derecho comunitario y otras cuestiones recurrentes relativas a la denominada Justicia Administrativa», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 315, abril (número dedicado a los XXV años de vigencia del Tratado de Adhesión de España a la Unión Europea).
- [2010]: «El principio de fiabilidad del sistema legal (STS, Sala 3.ª, 14 de julio)», *Diario La Ley*, núm. 7532, 21 de diciembre.
- [2010]: «Reflexiones ante una sentencia sobre transportes urbanos», *Legaltoday.com*, 24 de noviembre.
- [2009]: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los principios de equivalencia y efectividad respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 291, abril.
- [2007]: «Sobre los efectos temporales de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (La revocación de los actos que se opongan a la sentencia)», *CEFLegal*, núm. 72, enero.