



# Una reflexión sobre los principios de efectividad y equivalencia en la jurisprudencia del TJUE a propósito del asunto C-278/20, *Comisión c. España*

**Beatriz Vázquez Rodríguez**

*Profesora contratada doctora de Derecho Internacional Público.  
Universidad de Oviedo (España)*

vazquezbeatriz@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-3692-9287>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Raúl Leopoldo Canosa Usera, doña Ana Cremades Leguina, doña Silvia Díaz Sastre, don Rafael Fernández Valverde y don Luis Pérez de Ayala Becerril.

## Extracto

En el asunto C-278/20, *Comisión c. España*, el TJUE ha declarado que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad al adoptar los artículos 32, aps. 3 a 6, y 34, ap. 1, de la Ley 40/2015, y el artículo 67, ap. 1, de la Ley 39/2015. En cambio, el TJ ha constatado que el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en caso de infracción de derecho de la Unión no vulnera el principio de equivalencia. Esta sentencia ha venido a unirse a la jurisprudencia previa del TJ sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la Unión. En esta contribución se analiza la posición del tribunal, valorando si ha seguido una línea coherente con sus pronunciamientos anteriores sobre la cuestión.

**Palabras clave:** principio de efectividad; principio de equivalencia; responsabilidad patrimonial por actos legislativos contrarios al derecho de la UE.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-01-2024

**Cómo citar:** Vázquez Rodríguez, B. (2024). Una reflexión sobre los principios de efectividad y equivalencia en la jurisprudencia del TJUE a propósito del asunto C-278/20, *Comisión c. España*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 57-86. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19127>



# A reflection on the principles of effectiveness and equivalence throughout the judgements of the CJEU concerning case C-278/20, *Commission v. Spain*

Beatriz Vázquez Rodríguez

This work has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Raúl Leopoldo Canosa Usera, Mrs. Ana Cremades Leguina, Mrs. Silvia Díaz Sastre, Mr. Rafael Fernández Valverde and Mr. Luis Pérez de Ayala Becerril.

## Abstract

In Case C-278/20, *Commission v. Spain*, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has declared that Spain has failed to fulfil its obligations under the principle of effectiveness by adopting article 32(3) to (6) and article 34(1) of Law 40/2015 and article 67(1) of Law 39/2015. However, the ECJ found that the Spanish rules of liability of the State as legislature for a breach of EU law does not infringe the principle of equivalence. This judgment has joined the earlier case-law of the ECJ concerning State liability for failing to comply with EU law. This study examines the Court's position and assesses whether it is consistent with its previous decisions on the matter.

**Keywords:** principle of effectiveness; principle of equivalence; tort liability of member states for legislative acts in breach of EU law.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-01-2024

**Citation:** Vázquez Rodríguez, B. (2024). Una reflexión sobre los principios de efectividad y equivalencia en la jurisprudencia del TJUE a propósito del asunto C-278/20, *Comisión c. España*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 57-86. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19127>



## Sumario

### Introducción

1. La responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por violación del derecho de la Unión en la jurisprudencia del TJUE
  - 1.1. Los requisitos sustantivos para que se genere la responsabilidad del Estado
  - 1.2. Los principios de efectividad y de equivalencia como límites de la autonomía procesal de los Estados
2. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del derecho de la UE en las Leyes 39/2015 y 40/2015 y en la doctrina del Tribunal Supremo español
3. El asunto C-278/20, *Comisión c. España*
  - 3.1. La argumentación del TJ sobre el principio de efectividad
  - 3.2. La posición del TJ sobre el principio de equivalencia
4. Alcance de la sentencia y repercusión sobre el derecho español

### Referencias bibliográficas

## Introducción

La Gran Sala del TJUE, por sentencia dictada el 28 de junio de 2022 en el asunto C-278/20, *Comisión c. España*, estimó parcialmente el recurso planteado por la Comisión y declaró que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad, al adoptar y mantener en vigor el artículo 32, apartados 3 a 6 y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, puesto que dichas disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español como consecuencia de la infracción del derecho de la Unión a determinados requisitos contrarios al citado principio. El TJUE, en cambio, ha constatado que el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en caso de infracción de Derecho de la Unión, no vulnera el principio de equivalencia.

En una primera aproximación, el amplio sector doctrinal que ha estudiado con detenimiento la jurisprudencia del TJUE sobre los principios de efectividad y equivalencia y que a su vez ha seguido muy de cerca el proceso de adopción de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, probablemente esté de acuerdo en que este pronunciamiento del TJUE supone la crónica de una muerte anunciada, puesto que ya llevaba algunos años advirtiendo de que las citadas disposiciones eran contrarias al derecho de la Unión, por no respetar el principio de efectividad. Así, en relación con esta cuestión, podemos anticipar que la posición del TJUE en el asunto C-278/20 ha venido a confirmar los análisis previos sobre este principio. No ha ocurrido lo mismo con respecto al principio de equivalencia, al confirmar el TJ que no existe violación de este principio, en contra de lo alegado por la Comisión, que entendió que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 estaba sujeta a requisitos menos favorables que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infracción de la Constitución española, prevista en el artículo 32.4, de la Ley 40/2015, pese a que ambas acciones

eran equivalentes. El TJUE sin embargo afirma que, con respecto a los casos de infracción de una norma de Derecho de la UE, el principio de equivalencia solo es pertinente una vez que haya nacido el derecho de indemnización conforme a los requisitos que se establecen en la jurisprudencia del TJUE y que se reproducen de forma idéntica en el artículo 35.2 a), b) y c) de la Ley 40/2015. Habida cuenta de que la responsabilidad patrimonial de Estados por incumplimiento de derecho de la Unión es una construcción del Tribunal de Luxemburgo, es conveniente abordar un análisis de su jurisprudencia para valorar si el TJUE sigue una línea coherente con sus pronunciamientos previos sobre la cuestión.

## 1. La responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por violación del derecho de la Unión en la jurisprudencia del TJUE

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares como resultado de una violación del derecho de la Unión es fruto de un amplio desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE, puesto que, igual que ocurre con otros principios que regulan las relaciones interordinamentales entre ambos sistemas, no existe en el derecho originario ni en el derecho derivado ninguna disposición que contemple la obligación de sus Estados miembros de indemnizar los daños provocados por una vulneración de derechos reconocidos por el derecho de la UE, por lo que la inserción de este principio ha sido calificado como un «cláusula de cierre del sistema para la protección jurídica del Derecho de la Unión» (Alonso García y Martín González, 2020, p. 27), que «constituye, en parte, la vara de medir la efectividad de la protección jurisdiccional que el Derecho de la Unión está preparado para ofrecer y salvaguardar» (Iglesias Sánchez, 2022, p. 16).

Así, el punto de partida del reconocimiento de este principio vino de la mano de la hipótesis planteada en los conocidos asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, donde los órganos jurisdiccionales italianos preguntaron al TJCE si existía un derecho a favor de los particulares para reclamar una indemnización por responsabilidad de los Estados miembros por la no adaptación del derecho interno a una directiva. El entonces TJCE consideró que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho de la UE que le son imputables es inherente al sistema del tratado<sup>1</sup>, puesto que

la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la po-

<sup>1</sup> Véanse, entre otras, *Francovich* y *Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 35; *Bras-serie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1995:407, 1996, ap. 31; *British Telecommunications*, C-392/93, ECLI:EU:C:1996:131, 1996, ap. 38; *Hedley Lomas*, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205, 1996, ap. 24 y *Dillenkofer* y otros, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375, 1996, ap. 20.

sibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro<sup>2</sup>.

Quedaba claro que en los casos en los que, además, el incumplimiento venía determinado por la ausencia de transposición del contenido de una directiva por parte de un Estado,

la posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando [...] la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario<sup>3</sup>.

La jurisprudencia del TJUE también ha dilucidado el contenido del concepto de órgano del Estado en virtud de este principio, señalando que entraña cualquier acción u omisión derivada de aquel y extensible a cualquier poder del Estado, incluyendo al poder legislativo. La extensión de este reconocimiento se ha ido haciendo progresivo al compás de las situaciones particulares que se han ido planteando ante este tribunal. De este modo, en la sentencia *Waterkeyn*, el Tribunal de Justicia –si bien se refería específicamente a las sentencias dictadas en el marco de un recurso por incumplimiento– no dejó de precisar que

todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. En el caso de que la sentencia declare la incompatibilidad con el Tratado de determinadas disposiciones legislativas de un Estado miembro, ello supone, para las autoridades que participan en el ejercicio del poder legislativo, la obligación de modificar las disposiciones de que se trate, de manera que estas últimas sean conformes a las exigencias del Derecho comunitario<sup>4</sup>.

Además, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del derecho de la UE<sup>5</sup>.

Así, en los citados asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, confirmó que el derecho de la UE impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho de la UE que les sean imputables;

<sup>2</sup> *Francovich* y *Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 33.

<sup>3</sup> Doc. cit., ap. 34.

<sup>4</sup> *Waterkeyn*, C-314/81, C-315/81, C-316/81 y C-83/82, ECLI:EU:C:1982:430, 1982, ap. 14.

<sup>5</sup> Véanse, *Comisión c. España*, C-274/98, ECLI:EU:C:2000:206, 2000, ap. 19; *Comisión c. España*, C-31/04, ECLI:EU:C:2005:260, 2005, ap. 12.

sin embargo, no precisó todos los interrogantes relativos a la existencia de la responsabilidad del Estado a supuestos distintos de la no adaptación del derecho interno a directivas y, por ende, era necesario saber si existía una obligación de indemnización por los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho de la Unión cuando el incumplimiento reprochado pudiera ser atribuido concretamente a una acción u omisión por parte del legislador nacional. El Abogado General Tesauro, en el asunto *Brasserie du Pêcheur*, ya apuntaba en sus conclusiones que si bien es cierto que

el legislador esté obligado, en el cumplimiento de sus misiones institucionales, a observar determinados límites impuestos por normas superiores, no existe razón alguna de teoría jurídica general para negar que el Estado pueda estar obligado a indemnizar los daños provocados por leyes que hayan violado aquellos límites [puesto que] la responsabilidad por actos del legislador no está, conceptualmente, muy lejos y no es muy distinta de la responsabilidad de la administración por la actividad normativa, actualmente admitida sin dificultad más o menos en todas partes<sup>6</sup>.

Así, el TJCE siguió el criterio planteado por aquel y confirmó que

el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento<sup>7</sup>.

Quedaba aclarado por el Tribunal que los Estados miembros no pueden ampararse en el principio de la irresponsabilidad del legislador para sustraerse de la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias conducentes a facilitar la realización del pleno efecto del derecho de la Unión y, en consecuencia, que los Estados miembros también están obligados a indemnizar los daños causados a los particulares por violación del derecho de la Unión en los supuestos en los que el legislador adopta una ley nacional incompatible con el Derecho de la Unión o cuando aquel ha omitido modificar una ley nacional para hacerla conforme al derecho de la Unión.

## 1.1. Los requisitos sustantivos para que se genere la responsabilidad del Estado

La existencia del principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del derecho de la UE supone la existencia de una obligación de indemnizar a los particula-

<sup>6</sup> AG. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1995:407, 1995, ap. 37.

<sup>7</sup> *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 32.

res afectados. Sin embargo, no cualquier ilícito dará lugar a responsabilidad patrimonial por parte de aquellos, sino que existe una serie de requisitos de carácter sustantivo que han sido consolidados también por la jurisprudencia del TJUE para constatar esa responsabilidad. En los inicios de esta construcción jurisprudencial el TJ ya sostuvo que era necesario la articulación de unos requisitos mínimos para la existencia de un derecho de indemnización. Desde ese prisma, el TJUE, en los citados asuntos *Francovich y Bonifaci*, enunció los tres requisitos necesarios para generar un derecho de indemnización en favor de los particulares:

Que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas<sup>8</sup>.

No obstante, no precisó ni el contenido ni el alcance de estos requisitos, a la vez que se refería específicamente a la situación concreta de las directivas. Además, el TJ pareció decantarse por un sistema de responsabilidad objetiva al entender que aquellos requisitos necesarios para que dicha responsabilidad generase un derecho de indemnización «depende de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado»<sup>9</sup>. En el posterior asunto sobre la cuestión, el ya mencionado *Brasserie du Pêcheur*, da un evidente giro interpretativo y se decide por el carácter subjetivo de esa responsabilidad, puesto que el TJ consideró que no había ninguna razón para aplicar criterios distintos dependiendo de si la infracción de la norma de derecho de la UE sea imputable a los Estados o a una institución, y remitiéndose a su propia jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual de la UE afirmó taxativamente que «la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño»<sup>10</sup>. Así, la consolidación de esos tres requisitos sustantivos supone que la norma del derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que la violación de dicha norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares. De esta forma, y como ha puesto de relieve algún autor, «la homogeneización del régimen general de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea [...] acarrea la incorporación al régimen de la responsabilidad estatal del requisito de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea» (Cobrerros Mendazona, 2018, pp. 430-431). Si bien estos requisitos son necesarios y suficientes para generar a favor de los particulares un derecho a obtener reparación, no excluye sin embargo que «con arreglo al derecho na-

<sup>8</sup> *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, aps. 40 y 41.

<sup>9</sup> *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 38.

<sup>10</sup> *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 42.



cional, un Estado miembro pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos»<sup>11</sup>. Además, el TJ aseveró que la apreciación de esos requisitos que permiten determinar la responsabilidad de los Estados miembros por daños causados a los particulares por violaciones del derecho de la Unión «corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a las orientaciones suministradas por el Tribunal de Justicia para dicha apreciación»<sup>12</sup>.

Con posterioridad, el TJUE ha seguido consolidando su jurisprudencia sobre estos requisitos. Así, con respecto del primero de ellos, señaló que el concepto de norma debe ser entendido como un concepto amplio, esto es, referido a cualquiera de las fuentes del derecho de la Unión, y es preciso que su contenido pueda ser determinado con suficiente precisión<sup>13</sup>. Con respecto del segundo, el TJ se ha detenido especialmente en ofrecer orientaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre el contenido de lo que es una «violación suficientemente caracterizada». Así el TJ ha puntualizado que no todos los actos ilícitos son susceptibles de generar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, siendo solo aquellos que puedan catalogarse como los más graves los que pueden determinar el nacimiento de una obligación de indemnizar al particular. De la jurisprudencia se desprende que el criterio decisivo para considerar que concurre dicho requisito es la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación de los Estados miembros, y entre los elementos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben considerar para realizar esa apreciación, a modo orientativo, la jurisprudencia determina que

debe señalarse 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 al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario<sup>14</sup>.

En síntesis, parece que el TJ determina que el análisis debe realizarse caso por caso y teniendo en cuenta la facultad de apreciación y el margen de maniobra del que goza el Es-

<sup>11</sup> *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 66; *Kobler*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, 2010, ap. 57.

<sup>12</sup> *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 55 a 57; *British Telecommunications*, C-392/93, ECLI:EU:C:1996:131, 1996, ap. 411; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C446/04, ECLI:EU:C:2006:774, 2006, ap. 210; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 95.

<sup>13</sup> *Rechberger*, C-140/97, ECLI:EU:C:1999:306, 1999, ap. 22.

<sup>14</sup> *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 56.

tado en el ámbito concreto. No obstante, la concreción de estos elementos en la práctica no resulta fácil, puesto que se trata de conceptos jurídicos indeterminados. Ahora bien, el TJ también se ha ocupado de puntualizar, en supuestos específicos, determinadas situaciones que suponen una violación manifiestamente caracterizada, como es el caso de una violación que «ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del TJ en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido»<sup>15</sup>.

O por ejemplo, en el caso en el que emane del Poder Judicial existe la particularidad de que «solo puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable»<sup>16</sup> y en los casos en que «la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia»<sup>17</sup>. Sin perjuicio de esas valoraciones realizadas para situaciones particulares, el TJ también ha aclarado que no es posible supeditar la «obligación de reparar los daños causados a los particulares a cualquier otro elemento como, por ejemplo, el de culpa, puesto que va más allá de la consideración de lo que es una violación suficientemente caracterizada en el Derecho de la UE»<sup>18</sup>.

Finalmente, en lo relativo a la relación de causalidad directa entre la violación y el daño sufrido por estos particulares, el TJUE se ha limitado a señalar que corresponde a los Estados miembros fijar los criterios que permiten determinar y cuantificar los daños derivados del incumplimiento, aunque con respecto de la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la UE ha sostenido que debe probarse que el «daño sufrido se derive de forma suficientemente directa del comportamiento irregular»<sup>19</sup> y que el daño debe ser real y cierto así como evaluable. En cambio, un daño puramente hipotético e indeterminado no origina derecho a reparación<sup>20</sup>. Así, algún autor ha estimado que se cumple con este requisito «en los casos en los que exista una relación de causalidad directa, inmediata y cierta, de forma que cualquier elemento volitivo que se interponga entre la actuación vulneradora de DUE y el perjuicio generado será suficiente para excluir responsabilidad» (Janer Torrens, 2002, p. 256). No obstante, con carácter reciente en el asunto *AW y otros (Llamadas al 112)*, ha afirmado que

<sup>15</sup> Doc. cit., ap. 57.

<sup>16</sup> *Kobler*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, 2010, ap. 53.

<sup>17</sup> Doc. cit., ap. 56. En el mismo sentido: *STJUE. Tomášová*, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602, 2016, ap. 26; *Hochtief Solutions*, C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630, 2019, ap. 43.

<sup>18</sup> *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 127.

<sup>19</sup> *Dumortier Frères y otros c. Consejo*, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, ECLI:EU:C:1982:184, 1997, ap. 21.

<sup>20</sup> *Pitsiorlas*, T-3/00 y T-337/04, ECLI:EU:T:2007:357, 2007, ap. 293 y 294.

cuando de conformidad con el Derecho nacional de un Estado miembro, una relación de causalidad indirecta entre la infracción cometida por las autoridades nacionales y el daño sufrido por un particular se considera suficiente a efectos de generar la responsabilidad del Estado, tal relación de causalidad indirecta entre una vulneración del Derecho de la Unión, imputable a dicho Estado miembro, y el daño sufrido por un particular también debe considerarse suficiente para generar la responsabilidad de dicho Estado miembro por tal vulneración del Derecho de la Unión<sup>21</sup>.

## 1.2. Los principios de efectividad y de equivalencia como límites de la autonomía procesal de los Estados

Si bien los requisitos materiales o sustantivos para que se genere una responsabilidad de los Estados miembros por violación del derecho de la UE vienen establecidos por el derecho de la UE, en cambio la acción indemnizatoria contra el Estado en cuestión viene determinada por el derecho de los Estados en materia de responsabilidad; esto significa que son estos los que deben regular las modalidades de la ejecución del derecho a indemnización del particular, especialmente lo relativo a los requisitos de naturaleza procedimental. Así, en el asunto *Francovich y Bonifaci*, el TJ determinó que

corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario<sup>22</sup>.

Sin embargo, esta premisa está sujeta a dos límites impuestos por los principios de equivalencia y de efectividad, concretamente:

que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas 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)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> *AW y otros (Llamadas al 112)*, C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671, 2019, ap. 41.

<sup>22</sup> *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 42.

<sup>23</sup> *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 43. *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 140.

En lo que atañe al principio de efectividad, una de las primeras consecuencias de la aplicación de este principio fue que el TJ tuvo que aclarar si la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión dependía de la existencia previa de una declaración de ilegalidad por parte del TJUE, a lo que este confirmó que no era posible supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el TJ haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del derecho comunitario imputable al Estado<sup>24</sup> o a que a través de una sentencia dictada por el TJ con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción<sup>25</sup>. Como se ha dicho, «lo contrario hubiera escapado a la lógica del sistema jurisdiccional comunitario» (Guichot Reina, 2016, p. 67).

En el *asunto Târşia*, el TJ además tuvo la oportunidad de puntualizar que para saber si una disposición nacional, de carácter procesal, hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los particulares el derecho de la Unión «debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupan las normas de que se trata dentro del conjunto del procedimiento, del desarrollo de este y de las peculiaridades de dichas normas, ante las diversas instancias nacionales»<sup>26</sup>. Ahora bien, el TJ también ha afirmado que en lo que se refiere a los recursos judiciales disponibles en los Estados miembros dirigidos a exigir la responsabilidad de un Estado por violación del derecho de la UE, el tribunal nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su magnitud y, en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en derecho le correspondían<sup>27</sup>. Sin embargo, en su desarrollo jurisprudencial el TJ también ha precisado un límite, puesto que sería contrario al principio de efectividad «obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan, aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten»<sup>28</sup>. En un análisis de la práctica en los diferentes Estados miembros, como se ha dicho,

el principio de efectividad se ha aplicado para verificar la adecuación de múltiples aspectos organizativos y procedimentales de los Derechos nacionales, que abarcan desde los plazos para ejercer acciones o interponer recursos a las potestades de Jueces y Tribunales pasando por los vicios que se pueden invocar para interponer recursos o la revisión de actos administrativos firmes o que se benefician del principio de cosa juzgada (Fuentetaja Pastor, 2018, p. 99).

<sup>24</sup> *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 94 a 96; *Dillenkofer y otros*, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375, 1996, ap. 28.

<sup>25</sup> *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, 2010, ap. 20.

<sup>26</sup> *Târşia*, C69/14, EU:C:2015:662, 2015, ap. 36; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 133.

<sup>27</sup> *Fuß*, C429/09, EU:C:2010:717, 2010, ap. 75; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 140.

<sup>28</sup> *Danske Slagterier*, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, 2009, ap. 62; *Fuß*, C429/09, EU:C:2010:717, 2010, ap. 75 a 77; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 142.

Respecto al principio de equivalencia, ya hemos dicho que según ha constatado el TJUE las condiciones de fondo y de forma en materia de indemnización de daños establecidas en los Estados miembros con respecto a las indemnizaciones por violación del derecho de la UE no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna<sup>29</sup>; sin embargo, esta cuestión plantea problemas en la práctica. De la jurisprudencia emanada por el TJ en los asuntos *Francovich y Bonifaci y Transportes Urbanos*, se ha interpretado que al referirse a que son tanto los requisitos de forma como los de fondo establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños causados por los Estados miembros como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión los que no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de carácter interno, significa que el principio de equivalencia opera tanto en lo que se refiere a condiciones sustantivas como a las de carácter procesal (Guichot Reina, 2016, pp. 84 y 85)<sup>30</sup>. Para otros, sin embargo, el principio de equivalencia solo opera con respecto de los requisitos de fondo e insisten en que «conviene insistir en que el campo de juego de la equivalencia no es el de los requisitos materiales o sustanciales, sino el de los procedimentales» (Cobrerros Mendazona, 2018, p. 441), esto es, «en los cauces procesales diseñados al efecto por el legislador interno, pero no en lo que se refiere a las condiciones materiales o de fondo para su reconocimiento» (Huelin Martínez de Velasco, 2019, p. 128). Esta cuestión no es baladí, y en el caso de España veremos que nuestro Alto Tribunal también ha tenido incertidumbres sobre la aplicación del principio de equivalencia al régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial por infracción del derecho de la UE. Además, el propio TJUE, en el asunto *AW y otros (Llamadas al 112)*, parece considerar que el principio de equivalencia se proyecta también sobre los requisitos sustantivos, al pronunciarse sobre el requisito relativo a la relación de causalidad –en este caso indirecta– entre la violación y el daño sufrido por estos particulares; en cambio, en el asunto C-178/20, tal como veremos más adelante, parece contradecir la posición en este caso.

Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE ha consolidado unos parámetros para permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar el cumplimiento de las exigencias con respecto a este principio; así, es el juez nacional el que debe valorar que los requisitos impuestos por el derecho nacional en materia de reparación de daños no sean menos favorables cuando la acción de responsabilidad se basa en el derecho de la Unión que cuando se basa en el derecho interno<sup>31</sup>; ahora bien, un Estado miembro no está obligado a extender al conjunto de las acciones de indemnización basadas en infracción del dere-

<sup>29</sup> *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 43; *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, 2010, ap. 33.

<sup>30</sup> En sentido parecido, González Alonso (2016, pp. 404-406).

<sup>31</sup> *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 27; *Danske Slagterier*, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, 2009, ap. 31.

cho comunitario su régimen de responsabilidad interno más favorable<sup>32</sup>. Considera el TJ que para poder comparar si ambos recursos son similares, el órgano jurisdiccional nacional debe verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales<sup>33</sup>. No obstante, para que el principio de equivalencia sea de aplicación, es también necesario que ambas acciones sean similares, de otra forma no se verá afectado este principio. En lo que se refiere a equivalencia sobre las normas de carácter procesal, el órgano jurisdiccional nacional debe, por tanto, comprobar de manera objetiva y abstracta la similitud de estas normas desde el punto de vista del lugar que ocupan en el conjunto del procedimiento, del desarrollo de dicho procedimiento y de las particularidades de las normas<sup>34</sup>.

## 2. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del derecho de la UE en las Leyes 39/2015 y 40/2015 y en la doctrina del Tribunal Supremo español

Si bien la configuración del principio general de responsabilidad de los poderes públicos se establece en el artículo 9.3 de la CE, la plasmación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se concreta en el artículo 106.2, ya que en virtud de este,

los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

A su vez, el artículo 139.1 de la derogada Ley 30/1992<sup>35</sup> configuraba la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; sin embargo, habrá que esperar a la adopción de la Ley 40/2015 para que su artículo 32.5 recoja, explícitamente, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho de la UE. Así, antes de la adopción de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, este principio gozaba de un reconocimiento muy general y ha sido desarrollado progresivamente por vía judicial, fundamentalmente a través de la jurisprudencia del TS, primero en relación con la aplicación de leyes inconstitucionales y después con respecto de la aplicación de normas

<sup>32</sup> *Levez*, C326/96, ECLI:EU:C:1998:577, 1998, ap. 37 y 41.

<sup>33</sup> *Preston y otros*, C78/98, ECLI:EU:C:2000:247, 2000, ap. 57; *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, 2010, ap. 35.

<sup>34</sup> *Preston y otros*, asunto C78/98, ECLI:EU:C:2000:247, 2000, ap. 63.

<sup>35</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común [disposición derogada], BOE, núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

contrarias al derecho de la UE. La pregunta que pasaremos a contestar a continuación es si precisamente el legislador nacional, con la adopción de la Ley 40/2015, ha tenido en cuenta tanto la jurisprudencia del TJUE como la doctrina del TS a la hora de acometer esta reforma y de configurar el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho de la UE.

La principal novedad que recoge el citado artículo 32 de la Ley 40/2015 es que inserta de manera explícita la responsabilidad del Estado legislador. Ya el propio preámbulo de la ley confirma que la inclusión de la denominada responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la UE es una de las novedades más destacables del texto normativo. En ese sentido, el artículo 32.3 segundo párrafo de la Ley 40/2015 reconoce que

la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir: 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; y 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<sup>36</sup>.

En sus apartados 4 y 5 recoge por primera vez referencia expresa a la responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de la aplicación de la Constitución o de las normas de derecho europeo respectivamente. Aquellos apartados son idénticos para ambos supuestos, procediendo a su indemnización. Concretamente en lo que nos interesa, cuando son consecuencia de la aplicación de las normas de derecho europeo, el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 determina que

si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión, procederá a 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<sup>37</sup>.

En lo que respecta al requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del TJ que declare el acto legislativo incompatible al derecho de la UE, al recoger específicamente que la lesión sea «consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión» parece que esta exigencia es contraria a la jurisprudencia. Primero porque lo

<sup>36</sup> Artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, BOE, núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

<sup>37</sup> Artículo 32.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, BOE, núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

supedita a una sentencia del TJUE en virtud del recurso de incumplimiento, puesto que el citado artículo 32.5 de la Ley 40/2015, leído conjuntamente con el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, que dice 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», parece olvidarse de las potestades del juez nacional en virtud de la primacía del Derecho de la UE. Como se ha apuntado,

los Jueces nacionales pueden apreciar esta clase de responsabilidad sin una previa sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, incluso sin el planteamiento de una previa cuestión prejudicial, cuando la incompatibilidad entre el Derecho de la Unión y la norma española se hubiera manifestado de forma clara y evidente (Lesmes Serrano, 2017, p. 72).

Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, en el asunto 2 de febrero de 2015, STS 240/2015<sup>38</sup>, como del Tribunal Constitucional, en una sentencia de 2010<sup>39</sup>, al afirmar que cualquier juez español puede inaplicar una ley incompatible con el derecho de la UE sin necesidad de pronunciamiento previo del TJUE. Pero es que, además, el Alto Tribunal ha puesto de relieve en su jurisprudencia que al aceptar que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador también puede derivar de la inactividad normativa del poder legislativo, parece obvio que en aquellos casos en los que exista una conducta omisiva,

al no haber norma, difícilmente puede exigirse la expresa declaración de la misma como contraria al Derecho de la Unión Europea. Así, además, lo expresa el dictamen del Consejo de Estado al señalar que, de conformidad con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no resulta posible exigirse que en el presente caso que se obtenga una declaración de que esa situación de anomia es contraria al Derecho de la Unión Europea<sup>40</sup>.

Por otra parte, y no menos relevante, este requisito supone un manifiesto desconocimiento de la jurisprudencia del TJUE, pues esta disposición es contraria a las sentencias de aquel tribunal en los asuntos *Brasserie du Pêcheur*, *Dillenkofer* y *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, en tanto en cuanto el TJ había confirmado que no era posible supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el TJ haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del derecho de la UE imputable al Estado.

<sup>38</sup> STS 240/2015 (2 feb.), ECLI:ES:TS:2015:240 (FJ 4.º).

<sup>39</sup> STC 78/2010 (20 de octubre), ECLI:ES:TC:2010:78 (FJ 6.º y 7.º).

<sup>40</sup> STS 1536/2021 (16 de abril), ECLI:ES:TS:2021:1536 (FJ 5.º); STS 2143/2021 (26 de mayo), ECLI:ES:TS:2021:2143 (FJ 6.º).



De otro lado, el requisito exigido en la Ley 40/2015, relativo a la existencia de una sentencia firme desestimatoria de un recurso del particular perjudicado contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, tampoco está en consonancia con la jurisprudencia previa del TJUE. Precisamente, el asunto *Transportes Urbanos* supone la rectificación de la doctrina del TS en las sentencias de 29 de enero de 2004<sup>41</sup> y 24 de mayo del 2005<sup>42</sup>, en las que se interpretaba que la no impugnación, administrativa o judicial, del acto aplicativo de la norma contraria a derecho de la UE, rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia del TJUE para la declaración de la responsabilidad patrimonial. A partir de entonces, el TS dejó de exigir la previa impugnación de todos los actos administrativos de aplicación de la ley contraria al derecho de la Unión Europea para que pueda proceder una indemnización<sup>43</sup>. Siendo así, parece que la Ley 40/2015, si se impone como requisito la obtención de una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa, supone exigir el agotamiento de todas las vías de impugnación existentes. Baste recordar que el TJUE ha reconocido que se puede pedir diligencia al particular, pero no el agotamiento de todos los recursos, puesto que sería contrario al principio de efectividad «obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan, aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten»<sup>44</sup>.

Finalmente, la última exigencia es que la incompatibilidad de la norma con el derecho europeo haya sido alegada precisamente por quien solicita la indemnización. Resulta coherente lo que plantea algún autor cuando dice que con la exigencia del cumplimiento de este requisito

se hace depender el éxito de la pretensión indemnizatoria de un hecho ajeno a los elementos que han configurado tradicionalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración, como es la circunstancia, en cierto modo aleatoria, de que se haya alegado la infracción, máxime cuando la apreciación de esa infracción puede no depender del Juez ante el que interpone la pretensión (Lesmes Serrano, 2018, pp. 73 y 74)<sup>45</sup>.

En este punto también procede recordar que esta exigencia va en contra de lo planteado por el TJUE en el asunto *Kempter*, cuando sostuvo que para el caso concreto «este Derecho

<sup>41</sup> STS 442/2004 (29 de enero), ECLI:ES:TS:2004:442.

<sup>42</sup> STS 3321/2005 (24 de mayo), ECLI:ES:TS:2005:3321.

<sup>43</sup> STS 4328/2010 (14 de julio), ECLI:ES:TS:2010:4328.

<sup>44</sup> *Metallgesellschaft y otros*, C397/98 y C410/98, ECLI:EU:C:2001:134, 2001, ap. 106; *Danske Slagterier*, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, 2009, ap. 62; *Fuß*, C429/09, EU:C:2010:717, 2010, ap. 75 a 77; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2019, ap. 142.

<sup>45</sup> En sentido parecido Moreno Quirós (2018) afirma que «el particular haya realizado una alegación certera, esto es, a que haya sido capaz de atisbarla, aunque su reclamación sea infructuosa, los motivos por los que la sentencia posteriormente declara la infracción de Derecho de la UE» (p. 127).

no exige que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario en el marco del recurso jurisdiccional de Derecho interno interpuesto contra dicha resolución»<sup>46</sup>.

No obstante la reforma diseñada por la Ley 40/2015, para el caso de vulneración de derecho de la UE, deberán cumplirse, además, los tres requisitos de naturaleza sustantiva exigidos en la jurisprudencia del TJUE, antes comentados, a saber, que:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y 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<sup>47</sup>.

Sobre la inclusión de estos requisitos se plantean dudas, puesto que al establecer una serie de requisitos adicionales cuando se trata de una infracción del derecho de la UE podría no ajustarse al principio de efectividad.

Los pronunciamientos de nuestros tribunales sobre el principio de equivalencia suponen el inicio de la configuración jurisprudencial relativa a las reclamaciones de responsabilidad por el Estado legislador por infracción del derecho de la UE; en particular en la ya citada sentencia de 29 de enero, STS 442/2004<sup>48</sup>, donde se establecían unos requisitos procedimentales distintos a los exigidos en los casos de responsabilidad por vulneración de la Constitución, puesto que en este último caso no era necesario agotar la vía de los recursos para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. A partir de ese momento, el TS se había negado a trasladar su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial derivada de una ley inconstitucional a los supuestos de responsabilidad patrimonial por ley incompatible con el derecho de la UE. Sin embargo, la doctrina del Alto Tribunal no resultaba acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el principio de equivalencia hasta el asunto *Transportes Urbanos*, asunto C-118/08<sup>49</sup>. Desde ese fallo, el TS adopta varias sentencias que recogen ese cambio de posición del TS con respecto del principio de equivalencia. Concretamente, se trata de las sentencias del TS de 17 de septiembre de

<sup>46</sup> *Kempter*, C-2/06, ECLI:EU:C:2008:78, 2008, ap. 46.

<sup>47</sup> Artículo 32.5 de la Ley 40/2015.

<sup>48</sup> STS 442/2004 (29 de enero), ECLI:ES:TS:2004:442. En sentido parecido, STS 3321/2005 (24 de mayo), ECLI:ES:TS:2005:3321.

<sup>49</sup> Sobre el contenido del auto del TS en el asunto *Transportes Urbanos* de 1 de febrero de 2008, véase, sin autor citado (2008). Los principios de equivalencia y efectividad en relación con la responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de la aprobación de normas contrarias al Derecho Comunitario Europeo. Auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008. *Noticias de la Unión Europea*, 287, 141-148; Alonso García (2009, pp. 175-187).

2010 4974/2010<sup>50</sup>, 4975/2010<sup>51</sup> y 4976/2010<sup>52</sup>, donde se ve obligado a modificar su postura e incorporar la jurisprudencia del TJUE a su propia doctrina. En virtud de la primera de las sentencias citadas, la Sala Tercera del TS estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Transportes Urbanos y declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, reconociendo el derecho de la mencionada compañía a ser indemnizada. De este modo, pronunciándose sobre el principio de equivalencia, el TS afirmó que

la doctrina de este Tribunal Supremo [...] sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga [...] a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005<sup>53</sup>.

En síntesis, el TS consideró que tal y como había dictaminado el TJUE en virtud del principio de equivalencia, la jurisprudencia española debía dar un tratamiento igualitario a las acciones de responsabilidad fundadas en la inconstitucionalidad de una ley y las que tienen sustento en su oposición al ordenamiento jurídico de la UE. Sin embargo, lo que no dijo el TS es si tenía que hacer la equiparación por arriba o por abajo<sup>54</sup>. Aún más, expresamente dijo que el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del derecho, y finalmente se decantó por dar «el tratamiento más favorable: el que antes dispensaba a las cimentadas en la inconstitucionalidad de la Ley» (Huelin Martínez de Velasco, 2019, pp. 122-123).

Así, en virtud de este principio de equivalencia, el TS ha establecido que la reclamación de indemnización de los perjuicios derivados por violación del derecho de la UE se somete a la existencia de los tres requisitos: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas<sup>55</sup>. Ahora bien, se han planteado dudas de si el principio de equivalencia puede exigir que se prescinda del requisito de la violación sufi-

<sup>50</sup> STS 4974/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4974. Sobre el citado asunto, véase Tornos Mas (2012, pp. 2.365-2.378).

<sup>51</sup> STS 4975/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4975

<sup>52</sup> STS 4976/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4976

<sup>53</sup> STS 4974/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4974 (FJ 8.º).

<sup>54</sup> Sobre la citada equiparación, véase Rodríguez de Santiago (2011, pp. 141-171).

<sup>55</sup> Véanse, entre otras, STS 238/2015 (2 de febrero), ECLI:ES:TS:2015:238; STS 239/2015, ECLI:ES:TS:2015:239 y STS 240/2015, ECLI:ES:TS:2015:240; STS 4652/2015 (22 de octubre), ECLI:ES:TS:2015:4652; STS 5122/2016 (17 de noviembre), ECLI:ES:TS:2016:5122.

cientemente caracterizada en los casos en que se infringe la Constitución, lo que supondría preguntarse si el principio de equivalencia se aplica solo a los requisitos procesales o también se proyecta sobre los requisitos de naturaleza sustantiva. Precisamente, estos mismos interrogantes parecen plantearse a raíz del asunto *Comisión c. España* (C-487/08) de 3 de junio de 2010, donde se estimó el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España y en consecuencia se plantean varios recursos de responsabilidad patrimonial en el Estado español. Concretamente en el que dio lugar a la STS 3717/2014, de 22 de septiembre, el TS consideró la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial preguntando al TJUE si el citado principio de equivalencia rige no solo con respecto a los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial sino también con respecto a los requisitos sustantivos. Finalmente, el TS consideró innecesario el planteamiento porque por sí mismo llegó a la conclusión de que

no existe auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, que el principio de equivalencia y efectividad no resulta de aplicación al presente caso. Ello significa que este habrá de dilucidarse de conformidad con los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial que contempla la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>56</sup>.

Confirma así que para el caso de las normas declaradas inconstitucionales no es necesario valorar la gravedad de la infracción, mientras que para las de Derecho de la UE sí, puesto que ambas reclamaciones no son similares y, por ende, no opera el principio de equivalencia. Esta afirmación, no obstante, parece ir manifiestamente en contra de lo que dijo el TJUE en el asunto *Transportes Urbanos*, cuando afirmó que

a falta de cualquier mención en el auto de remisión de otros elementos que permitan declarar la existencia de otras diferencias entre la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado efectivamente presentada por Transportes Urbanos y aquella que habría podido interponer sobre la base de una infracción de la Constitución declarada por el Tribunal Constitucional, no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia [y por lo tanto] pueden considerarse similares<sup>57</sup>.

En esta línea, la interpretación por parte de la doctrina tampoco ha sido pacífica, puesto que mientras unos han dicho que

<sup>56</sup> STS 3717/2014 (22 de septiembre), ECLI:ES:TS:2014:3717 (FJ 4.º).

<sup>57</sup> *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, ap. 44 y 45.

afirmar que no existe similitud entre ambos tipos de acciones por los efectos desconoce el verdadero fundamento de la acción de responsabilidad en uno y otro [...] y echa por tierra los fundamentos en la sentencia Transportes Urbanos. [...] La semejanza de las acciones se exige, a fin de que opere el principio de equivalencia, tanto para los requisitos de fondo como de forma<sup>58</sup>,

para otros, sin embargo,

el principio de equivalencia no parece resultar un argumento incontestable para justificar una eventual exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada, porque este es indudablemente un requisito de fondo o sustancial (Cobrerros Mendazona, 2022, p. 442), [entendiendo que] los requisitos procedimentales se han parificado (con lo que no hay ningún problema desde el punto de vista del principio de equivalencia), pero la diferencia es destacada en cuanto a los requisitos materiales, siempre en detrimento de las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea (Cobrerros Mendazona, 2020, p. 65)<sup>59</sup>.

Lo cierto es que el no planteamiento de la cuestión ante el TJUE ha sido una oportunidad perdida para que aquel clarificara si efectivamente el principio de equivalencia se aplica solo a los requisitos procesales o también a los de naturaleza sustantiva, disipando así las dudas sobre la interpretación de este principio en el asunto que pasaremos a comentar a continuación.

### 3. El asunto C-278/20, *Comisión c. España*

Como se ha apuntado, el 28 de junio de 2022 la Gran Sala del TJUE, en el asunto C-278/20, *Comisión c. España*, estimó parcialmente el recurso de planteado por la Comisión y dictaminó que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad, al adoptar y mantener en vigor el artículo 32, apartados 3 a 6 y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, puesto que dichas

<sup>58</sup> En el mismo sentido, al exigir condiciones que no se exigen para las reclamaciones semejantes de responsabilidad por leyes constitucionales, estos autores también dicen que está en contra del principio de equivalencia. (Galán Vioque, 2015, pp. 7 y 8; Leiva López, 2021, p. 190).

<sup>59</sup> En la línea con este autor, se ha dicho que «este régimen no presenta inconveniente alguno desde la perspectiva del principio de equivalencia, pues las acciones de responsabilidad por la declaración de inconstitucionalidad son sometidas al mismo régimen» (Huelin Martínez de Velasco, 2019, p. 129).

disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español –como consecuencia de la infracción del derecho de la Unión– a determinados requisitos contrarios al citado principio. El TJUE, en cambio, ha constatado que el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en caso de infracción de Derecho de la Unión no vulnera el principio de equivalencia.

### 3.1. La argumentación del TJ sobre el principio de efectividad

Según la Comisión, el régimen español de responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión no respeta el principio de efectividad por cuanto supedita la indemnización de los daños causados a tres requisitos. Así, en primer lugar, el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 establece que el perjuicio debe ser «consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión», y el artículo 67, apartado 1, de la Ley 39/2015 precisa que la resolución por la que se declare que la norma es contraria al derecho de la Unión debe publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea. Lo que supone que es necesario que el TJ haya dictado una resolución de incompatibilidad con el derecho de la Unión para que exista responsabilidad del Estado legislador. Pues bien, para el TJ esta cuestión va en contra de la jurisprudencia del TJUE en la medida, que ha reiterado en numerosas ocasiones, 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 la exigencia de que se haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del derecho de la Unión imputable a ese Estado (*Brasserie du Pêcheur y Factortame*), ni subordinarla al requisito de que una sentencia dictada por el TJ con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción, tal como se reconoció en el asunto *Transportes Urbanos y Servicios Generales*. Según las alegaciones planteadas por España, ese requisito no puede considerarse contrario al principio de efectividad, puesto que existen otras vías de recurso en España que permitirían exigir la responsabilidad de los poderes públicos en caso de infracción del derecho de la UE. Sin embargo, tanto el AG como el TJ, después de analizar todos y cada uno de los recursos que España alega para justificar su posición, responden taxativamente que

ninguno de los procedimientos o cauces jurídicos invocados por el Reino de España [...] garantiza que un particular pueda, en todas las situaciones en las que una infracción del Derecho de la Unión debe ser objeto de reparación [...] obtener una indemnización adecuada por los daños que le haya causado una infracción del Derecho de la Unión imputable al legislador nacional<sup>60</sup>.

En lo relativo al requisito de la existencia de una sentencia firme desestimatoria de un recurso del particular perjudicado contra la actuación administrativa que ocasionó el

<sup>60</sup> *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 108.

daño en virtud del artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, la Comisión en su demanda entendió que este requisito también vulneraba el principio de efectividad, puesto que no prevé ningún tipo de excepción para los casos en los que el daño es ocasionado directamente por la ley, pudiendo plantear dificultades excesivas para que los afectados tengan derecho a obtener una indemnización. En sentido contrario, el Reino de España defendió la postura de que esta disposición no vulneraba el principio de efectividad, puesto que el citado artículo se refiere a la existencia de una «sentencia firme», por tanto, se refiere a cualquier instancia que desestime el recurso y no exigiría, por tanto, que el perjudicado deba ejercitar sistemáticamente todas las vías de recurso disponibles. En su análisis, el TJ comienza señalando su jurisprudencia sobre el particular, concretamente se remite a los asuntos *Danske y Kantarev*, para advertir que «el tribunal nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su magnitud y, en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían», puesto que la persona afectada, «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»<sup>61</sup>. Ahora bien, como también se apuntó, la jurisprudencia del TJUE también avala que el principio de efectividad no pueda obligar a las personas perjudicadas «a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten»<sup>62</sup>.

A este respecto nos parece relevante la postura del AG, puesto que va a diferenciar entre dos situaciones distintas para determinar por qué en una de ellas la disposición española no se ajusta al principio de efectividad; por un lado, cuando el daño ha sido formalmente causado por un acto administrativo adoptado en aplicación de una ley incompatible con el derecho de la Unión, y por otro, cuando el daño ha sido directamente causado por la ley, sin que se haya adoptado ningún acto administrativo<sup>63</sup>. Sobre los casos en los que el daño ha sido formalmente causado por un acto administrativo adoptado en aplicación de una ley incompatible con el derecho de la Unión, según el AG podría ajustarse al principio de efectividad, en el sentido de que se solicita que el particular afectado haya debido interponer con carácter previo un recurso contra el acto administrativo adoptado en aplicación de una ley incompatible con el derecho de la Unión y el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, y en consonancia con las alegaciones de España, no exige que el particular haya agotado todos los recursos disponibles, sino únicamente que se haya obtenido una sentencia firme en un recurso contra esta actuación administrativa, en cualquier instancia, lo que puede facilitar el cumplimiento de este requisito. Sin embargo, los problemas se plantean en las situaciones en las que el daño ha sido directamente causado por la ley, sin que se haya

<sup>61</sup> Doc. cit., ap. 123.

<sup>62</sup> Doc. cit., ap. 126.

<sup>63</sup> AG. *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2021:996, 2022, ap. 84 a 91.

adoptado ningún acto administrativo. Del tenor del artículo 32.5 de la Ley 40/2015, este requisito, al referirse explícitamente a «la actuación administrativa», no permite a los particulares afectados la obtención de una indemnización en los casos en los que no exista una acción administrativa que aquellos puedan impugnar. Desde luego, no parece una exigencia razonable pedir a un particular la interposición de un recurso contra un acto inexistente para poder reclamar la responsabilidad del Estado legislador sobre la base de esa disposición, por lo que el AG entiende que «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»<sup>64</sup>. Siguiendo este último planteamiento, el TJ determina que aquella disposición –al no prever ninguna excepción para los supuestos en los que el daño derive directamente de una acción u omisión del legislador, contrarios al derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnabile– es contraria al principio de efectividad.

Finalmente, sobre la discusión del tercer requisito del artículo 32.5 de la Ley 40/2015, que entraña que para que se genere la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado legislador queda supeditada a que en el recurso interpuesto contra el acto administrativo lesivo se haya alegado la infracción del derecho de la Unión posteriormente declarada, la Comisión también entiende que aquel no está en consonancia con el principio de efectividad, puesto que supone que solo se podrá obtener una indemnización en los casos en que la disposición del derecho de la Unión infringida tenga efecto directo, puesto que según apunta esta institución, únicamente aquellas obligan a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar una disposición de su derecho interno contraria a dichas disposiciones del derecho de la Unión. Por su parte, el Reino de España entiende que esa limitación planteada por la Comisión a las disposiciones con efecto directo no tiene fundamento alguno en ninguna disposición del ordenamiento jurídico español. El TJ invoca jurisprudencia reiterada sobre el particular y recuerda que el hecho de que las disposiciones con efecto directo sean las únicas que pueden obligar a un órgano jurisdiccional nacional a desplazar la aplicación de una norma interna contraria no limita la posibilidad de la invocación de disposiciones nacional que carezcan de ese efecto en el marco del recurso contra el acto administrativo lesivo. Singularmente, refiriéndose a los asuntos *Popławski* y *Thelen Technopark Berlin*, recuerda que

un órgano jurisdiccional nacional no está obligado, sobre la base exclusivamente del Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar una disposición de su Derecho nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión si esta última disposición carece de efecto directo; esta consideración se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que dicho órgano jurisdiccional excluya, sobre la base del Derecho

<sup>64</sup> AG. *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2021:996, 2022, ap. 89; *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 127.



interno, cualquier disposición del Derecho nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión que no tenga tal efecto<sup>65</sup>.

Además, las potestades del juez nacional no se reducen al desplazamiento de la norma interna, sino que es de sobra conocido que las disposiciones de derecho de la UE sin efecto directo pueden invocarse ante el juez nacional a efectos de la obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con dichas disposiciones. Aclarada esa cuestión, y siguiendo con lo apuntado por el AG, la exigencia de haber invocado la infracción del derecho de la Unión en el marco del recurso contra el acto administrativo lesivo no es conforme con el principio de efectividad, por suponer una complicación procesal excesiva por dos cuestiones: primero porque exige al particular haber identificado correctamente la disposición de derecho de la UE y, además, haber previsto, conforme a la lógica del mencionado artículo 32.5, que el TJ adoptaría una resolución al respecto<sup>66</sup>; esa exigencia supone imponer una carga a los particulares que va más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar de ellos para limitar la importancia del perjuicio, por lo que es contraria al principio de efectividad.

En cuanto al aspecto formal relativo al plazo de prescripción, el artículo 67, ap. 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, establece que en los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, el derecho a reclamar prescribe al año de la publicación en el diario oficial de la sentencia que declare el carácter contrario al derecho de la Unión de la norma con rango de ley. Para el TJ esta cuestión resulta obvia, teniendo en cuenta su argumentación previa, puesto que si la indemnización no puede estar subordinada a la existencia de una sentencia del TJ que haya declarado un incumplimiento del derecho de la Unión por parte del Estado miembro, la publicación de aquella en el DOUE y el *dies a quo* del plazo de prescripción desde ese momento tampoco pueden resultar compatibles con el principio de efectividad. En lo que se refiere a la limitación en el tiempo de los daños indemnizables, el artículo 34, ap. 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 establece que, en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el ap. 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 el carácter contrario al derecho de la Unión de la norma con rango de ley, salvo que la sentencia disponga otra cosa. De nuevo, el TJ dice que no puede estar subordinada a la existencia de una sentencia de esa naturaleza puesto que

la mención, en el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 del hecho de que pueda disponerse «otra cosa» en «la sentencia» no respalda la tesis de dicho Estado miembro, dado que de esta disposición se desprende de mane-

<sup>65</sup> *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 141.

<sup>66</sup> *Comisión c. España*, asunto C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 101.

ra inequívoca que el término «sentencia» remite, a la «sentencia que declare [...] el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión», es decir, a una sentencia del Tribunal de Justicia<sup>67</sup>.

### 3.2. La posición del TJ sobre el principio de equivalencia

Sobre el incumplimiento del principio de equivalencia, en el recurso la Comisión entiende que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión está sujeta a requisitos menos favorables que la acción de responsabilidad del Estado legislador del artículo 32.4 de la Ley 40/2015, pese a que ambas acciones son equivalentes. Aquella institución entiende que el principio de equivalencia exige apreciar tanto los requisitos procesales que regulan las acciones de responsabilidad del Estado como también los requisitos sustantivos aplicables al ejercicio de las tales acciones. Contrariamente, para el Reino de España no puede acogerse esa interpretación hecha por la Comisión, puesto que el principio de equivalencia, si bien exige que las normas aplicables a ambos recursos se apliquen indistintamente a los recursos basados en la violación del derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del derecho interno, no obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas las acciones entabladas en un determinado ámbito del derecho.

Con arreglo a la apreciación del TJUE, cuando concurren los tres requisitos consolidados por la jurisprudencia del TJUE, se impone que los Estados deben indemnizar según lo que establezca su derecho interno, siempre que se respeten los principios de efectividad y de equivalencia. El AG había señalado una cuestión de relevancia y es que «esos tres requisitos, necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, entran en juego, por tanto, en mi opinión, en una fase anterior a la de la problemática de la efectividad y equivalencia de los requisitos establecidos en el Derecho nacional, que únicamente pretenden regular el ejercicio de ese derecho»<sup>68</sup>. Para aquel, queda claro que el derecho interno de los Estados es el que determina las modalidades procesales y sustantivas del ejercicio del derecho de indemnización, pero la existencia de este derecho se rige en exclusiva por el derecho de la Unión. De ahí que llegue a afirmar que «el principio de equivalencia solo es pertinente una vez que ha nacido el derecho a indemnización conforme a los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y reproducidos en el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015»<sup>69</sup>. El TJ sigue el razonamiento del AG para reconocer que el principio de equivalencia es aplicable a los requisitos, tanto de forma como de fondo, como afirma su jurisprudencia más clásica en los asuntos *Francovich*

<sup>67</sup> Doc. cit., ap. 168.

<sup>68</sup> AG. *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2021:996, 2022, ap. 121.

<sup>69</sup> Doc. cit., ap. 122.

y *Brasserie du Pêcheur*, pero puntualiza que «no es menos cierto, como se deduce del propio tenor de esta jurisprudencia, que esta precisión se refiere siempre a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños una vez que el derecho a ser resarcido haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión»<sup>70</sup>. Al contrario, el principio de equivalencia no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho de indemnización conforme a requisitos más favorables que los previstos en la jurisprudencia del TJ. Según el TJ, esto explica por qué la acción de responsabilidad del Estado legislador por infringir la Constitución española, al no estar sujeta a la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares, no constituye una vulneración de este principio, puesto que «el principio de equivalencia no está destinado a aplicarse en ese supuesto»<sup>71</sup>, solo está destinado a aplicarse cuando dicha responsabilidad se contrae sobre la base del derecho de la Unión y, por tanto, cuando se cumplen los requisitos sustantivos. Lo que ha llevado a algunos a considerar que «en esta sentencia se ha optado por una garantía de mínimos frente a regulaciones estatales similares, pero de mejor condición, que –se insiste– no deben ser tenidas en cuenta»<sup>72</sup>, y para alguna autora esta interpretación no es acorde con la jurisprudencia previa del TJUE y plantea problemas de cierto calado, particularmente con respecto de la verdadera naturaleza jurídica de los principios de eficacia y de equivalencia y su relación con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva (Iglesias Sánchez, 2022).

#### 4. Alcance de la sentencia y repercusión sobre el derecho español

La posición del TJ en el asunto C-278/20 en relación con el principio de efectividad es coherente con sus pronunciamientos previos sobre este principio. En cambio, no parece tan clara la posición de este tribunal con respecto al principio de equivalencia cuando afirma que, con respecto de los casos de infracción de una norma de derecho de la UE, este principio solo es pertinente una vez que haya nacido el derecho de indemnización, conforme a los requisitos que se establecen en la jurisprudencia del tribunal y que se reproducen de forma idéntica en el artículo 35.2 a), b) y c) de la Ley 40/2015. Así, confirma que los requisitos, tanto de forma como de fondo, no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones de carácter interno, pero en esta ocasión puntualiza que ello se refiere a los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales, una vez que el derecho a ser resarcido haya surgido sobre la base del derecho de la Unión. Estamos de acuerdo en que –como se ha dicho– en cuanto al principio de equivalencia «resulta forza-

<sup>70</sup> *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 184.

<sup>71</sup> Doc. cit., ap. 181.

<sup>72</sup> Cobreros Mendazona, 2022, pp. 46-47.

da la interpretación que reduce el ámbito de aplicación de la equivalencia y la efectividad únicamente a un momento posterior, una vez que se han cumplido las condiciones materiales de Brasserie» (Iglesias Sánchez, 2022, pp. 123-124), aunque quizás esto se debe a que «parece como si el Tribunal el Luxemburgo hubiera preferido garantizar la primacía, la efectividad y, sobre todo, la unidad del Derecho de la Unión en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del Estado, por encima de cualquier otra consideración» (Cobros Mendazona, 2022, pp. 46-47).

Una vez declarada la incompatibilidad de la normativa española con respecto al principio de efectividad, procede ahora que el legislador español modifique adecuadamente las disposiciones afectadas, lo que en ningún caso implicará una reforma drástica del actual régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por disposiciones legislativas contrarias al derecho de la UE, ni parece que implique grandes dificultades. No obstante, algunas de las propuestas *de lege ferenda* que se han planteado por la doctrina hasta la fecha son de muy diverso calado. Mientras algunos entienden que ni siquiera es necesario reformular el artículo 32. 5 de la Ley 40/2015, puesto que bastaría con añadir un párrafo que matizase el contenido anterior para ajustarse a la jurisprudencia del TJUE y la supresión del artículo 34.1 párrafo 2 de la LRJSP, que establece el plazo de prescripción (Fernández Farreres, 2022, p. 48), otros sugieren que es necesario aprovechar esta coyuntura para plantear una reforma más ambiciosa que se ocupe con carácter general de la responsabilidad patrimonial del Estado por cualesquiera normas contrarias a derecho, fijando así los mismos requisitos sustantivos cuando los daños producidos han sido ocasionados por normas inconstitucionales y cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al derecho de la UE (Doménech Pascual, 2022, pp. 219-221).

Mientras tanto, hay que tener en cuenta que desde el pronunciamiento del tribunal de Luxemburgo, aquellas disposiciones declaradas contrarias al derecho de la Unión deberán ser inaplicadas por todos los poderes públicos, lo que significa que los particulares que se han visto afectados por la denegación del reconocimiento de responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de alguno de los requisitos declarados contrarios al derecho de la UE por el TJUE en su sentencia podrían instar su revisión y los tribunales españoles deberán dar una solución temporal hasta que el legislativo haga efectiva la reforma. Es probable que no haya que esperar mucho tiempo, ya que en el plan anual normativo para 2023 se incluye la reforma del régimen responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en los términos y condiciones resultantes de la sentencia a la que nos venimos refiriendo<sup>73</sup>. Habrá que ver si en esta ocasión la reforma atiende y se ajusta a los desarrollos jurisprudenciales que ha ofrecido el TJ desde hace varias décadas.

---

<sup>73</sup> Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para 2023, p. 47, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2023/310123-PAN2023.pdf>

## Referencias bibliográficas

- Alonso García, R. (2009). La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada la TJCE (C-118/08). *Cuadernos de Derecho Local*, 19.
- Alonso García, M. C. y Martín González, I. (2020). *La Responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*. Iustel.
- Cobrerros Mendazona, E. (2018). El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22.
- Cobrerros Mendazona, E. (2020). *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. BOE.
- Cobrerros Mendazona, E. (2022). La responsabilidad patrimonial del estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia. *Revista de Administración Pública*, 219.
- Doménech Pascual, G. (2022). Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4.
- Fernández Farreres, E. (2022). Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del estado legislador: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (AS. C-278/20). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221.
- Fuentetaja Pastor, J. (2018). Equivalencia y Efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo. *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 5.
- Galán Vioque, R. (2015). 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: Nueva Época*, 2.
- González Alonso, A. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución: un análisis comparativo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106.
- Guichot Reina, E. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *REDE*, 60.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2019). El juez nacional en su condición de juez europeo. La aplicación judicial de los principios de equivalencia y efectividad (su manifestación procesal). En R. Alonso García (Dir.), *El juez nacional en su condición de juez europeo*, *European Inklings (EU)*, 17.
- Iglesias Sánchez, S. (2022). *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un sistema completo de vías de recurso?* Thomson Reuters - Aranzadi.
- Iglesias Sánchez, S. (2022). The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles? –*Commission v Spain (C-278/20)*. *Op-Ed, EU Law Live*.

- Janer Torrens, J. D. (2002). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*. Tirant lo Blanch.
- Leiva López, A. D. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. *Revista Catalana de Dret Públic*, 63.
- Lesmes Serrano, C. (2017). Reflexiones sobre el nuevo régimen de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. En M. J. Dolz Lago y J. L. Gómez (Coords.), *La lucha por la Justicia y el Derecho en el siglo XXI. In memoriam del Magistrado Rafael Salvador Manzana Laguarda*. Sepin.
- Moreno Quirós, J. A. (2018). *La responsabilidad patrimonial del estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*. Aranzadi.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2011). «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional. *REDE*, 38.
- Tornos Mas, J. (2012). La responsabilidad del Estado legislador por vulneración de Derecho Comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2010. En E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (vol. 1).

**Beatriz Vázquez Rodríguez.** Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Oviedo. Doctora mención internacional por la Universidad de Oviedo y Máster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Carlos III de Madrid. Premio Extraordinario de Doctorado en 2017 y acreditada por la ANECA como profesora titular. Orienta su actividad investigadora a los campos del derecho internacional humanitario, la protección internacional de los derechos humanos y el derecho de la Unión Europea. <https://orcid.org/0000-0003-3692-9287>