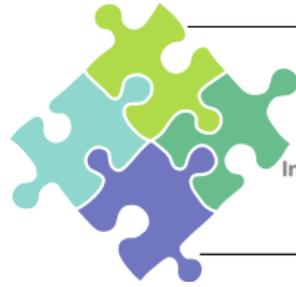




Erasmus+



ideir

Instituto de Derecho Europeo
e Integración Regional
Universidad Complutense

Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA

**El régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 40/2015
ante el TJUE (recurso por incumplimiento C-278/20)**

WP IDEIR nº 39 (2021)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Isaac Ibáñez García 2021

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

El régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 40/2015 ante el TJUE (recurso por incumplimiento C-278/20)¹

Isaac Ibáñez García*

I. Disposiciones cuestionadas. II. Contexto de la reforma. III. Datos de las actuaciones en sede europea que se conocen. IV. Argumentos expuestos en el procedimiento ante la Comisión

I. Disposiciones cuestionadas

De la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

“Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

.../...

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 concurran 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 concurran 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 cual-

¹ Texto de la ponencia del autor en el Seminario permanente de justicia europea celebrado el 25 de marzo de 2021 (“*El régimen de responsabilidad de la Ley 40/2015 ante el TJUE. Recurso por incumplimiento C-278/20*”) y organizado por el Instituto Universitario de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense de Madrid (<https://www.ucm.es/ideir>). Moderado por Don Ricardo Alonso García, Catedrático de Derecho Administrativo y de la Unión Europea (UCM).

* Abogado

quier 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.

.../...

Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste 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 aquéllos, 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 refiere 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.

De la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

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

1. Los interesados sólo 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.

.../...”

II. Contexto de la reforma

La reforma legal cuestionada ante el TJUE tuvo su origen en los miles de reclamaciones derivadas de la declaración como contraria a Derecho de la UE del denominado “*céntimo sanitario*” (Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. STJUE de 27 de febrero de 2014, recaída en el Asunto C-82/12. *Transportes Jordi Besora, SL*), por el que se recaudaron unos 13.000 millones de euros; de los que los contribuyentes recuperaron, más o menos, una cuarta parte; mediante el ejercicio de la acción por responsabilidad patrimonial, en su antigua regulación.

Se pretendió con la reforma que, para el futuro, los ciudadanos y empresas tuvieran escasas o nulas posibilidades de ser resarcidos por la declaración de normas nacionales contrarias al derecho de la UE o inconstitucionales; estableciendo así la **Irresponsabilidad** del Estado legislador.

Ya con anterioridad (en junio del año 2014), se elaboró un Anteproyecto de Ley General Tributaria que creaba su propio procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial por normas contrarias al Derecho de la UE. Iniciativa que no fructificó y que tenía el mismo objetivo: **reducir al mínimo las posibilidades resarcitorias de los ciudadanos.**

En lo que respecta a la regulación del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con la responsabilidad **por normas declaradas inconstitucionales**, reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia 1158/2020, de 14 de septiembre (1186/2020, de 21 de septiembre; 1275/2020, de 5 de octubre; 1264/2020, de 7 de octubre; 1351/2020, de 17 de octubre, y 1384/2020, de 22 de octubre) comienza a atemperar los rigores normativos y estima que no es necesario haber interpuesto un recurso contra el acto de aplicación de la ley que causó el daño alegando la causa que determinaría su inconstitucionalidad, sino que cabe también, **una vez que dicho acto sea firme por no haber sido recurrido en plazo**, que el perjudicado haya solicitado la **revisión de oficio** a la Administración presentando las alegaciones y que contra su desestimación haya acudido a los tribunales. En la solicitud de revisión de oficio y en el recurso tendrá que alegar la causa de inconstitucionalidad de la ley aplicada. **Aunque se exige que el procedimiento de revisión de oficio ha de instarse antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma.**

En el caso de contravención del Derecho de la UE esta doctrina facilitaría la presentación de solicitudes de revisión de oficio una vez que el potencial perjudicado tuviera conocimiento de la apertura de un procedimiento de infracción por la Comisión Europea o la presentación de una cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional ante el TJUE.

Esta jurisprudencia atempera también el plazo de cinco años (art. 34.1 Ley) al considerar que, en caso de que el acto administrativo que causó el daño sea objeto de recurso o de la

acción de nulidad, el cómputo quedará interrumpido y sólo se reiniciará desde el momento en que se dicte la resolución judicial firme desestimatoria. Éste es el momento, según la sentencia, en el que “se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante”. El plazo de cinco años queda abierto, por tanto, hasta que no se recurre o, en su caso, se ejerce una acción de nulidad y estas vías de revisión son desestimadas.

III. Datos de las actuaciones en sede europea que se conocen

Es conocido por todos que respecto a los **procedimientos de infracción**, la Comisión Europea no facilita a los denunciantes mayor información que la que presenta al público en general a través de sus notas de prensa cuando adopta una decisión dentro del procedimiento (carta de emplazamiento, dictamen motivado, recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia; o archivo de la denuncia). Asimismo, hasta que el procedimiento ha concluido, bien por su archivo, bien por la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia que ponga fin al procedimiento de infracción, la Comisión deniega el acceso a cualquier documento relativo al procedimiento que pueda haber sido solicitado en virtud del **Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión**; basándose, principalmente, en las excepciones:

- *los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico,*
- *el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría;*

Lo cual ha sido bendecido tanto por el Tribunal de Justicia como por el Defensor del Pueblo Europeo.

Por tanto, respecto del asunto que nos ocupa disponemos, a día de hoy, de escasa información “oficial”.

Es muy de lamentar, como ha denunciado recientemente el antiguo magistrado del Tribunal Supremo HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO², el oscurantismo existente respecto al acceso a los expedientes de infracción en curso.

Según la escueta información proporcionada por la web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el **Recurso por incumplimiento** se interpuso por la Comisión Europea contra el Reino de España el **24 de junio de 2020** y se le asignó el número de **asunto C-278/20**.

Las **pretensiones** deducidas son:

Que se declare que, al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, segundo párrafo, de la Ley 40/2015 y el artículo 67, apartado 1, tercer párrafo, de la Ley 39/2015, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los **principios de efectividad y de equivalencia** como límites a la autonomía de que gozan los Estados miembros cuando establecen las condiciones de fondo y de

² “Poder tributario y transparencia”. <https://www.politica-fiscal.es/equipo/joaquin-huelin-martinez-de-velasco/poder-tributario-y-transparencia>

forma que rigen su responsabilidad por daños causados a los particulares en violación del Derecho de la Unión;

Que se condene en costas al Reino de España.

Los **Motivos y principales alegaciones** son:

La presente demanda por incumplimiento, presentada con arreglo al artículo 258 TFUE, se refiere a los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, segundo párrafo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y al artículo 67, apartado 1, tercer párrafo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Las disposiciones controvertidas han alineado el régimen de la responsabilidad del Estado legislador por violaciones de Derecho de la Unión al establecido para las violaciones de la Constitución española por actos del legislador, **añadiendo ciertas condiciones de fondo.**

La equiparación de los dos regímenes y los requisitos procesales que llevan aparejados hacen que la obtención de **un resarcimiento por violaciones del Derecho de la Unión debidas al legislador español resulte imposible o excesivamente difícil, vulnerándose el principio de efectividad.**

Por otra parte, las condiciones de fondo añadidas para las violaciones del Derecho de la Unión **vulneran el principio de equivalencia,** al someter el resarcimiento de daños provocados por el legislador español en infracción de ese Derecho a condiciones menos favorables que las aplicables cuando se trata de daños debidos a una violación de la Constitución española.

En su Nota de Prensa de **25 de enero de 2018**, por la que anunció la presentación del **dictamen motivado**, la Comisión dijo:

La Comisión ha decidido hoy enviar un dictamen motivado a **España debido a que las normas de este país incumplen los principios de equivalencia y/o de efectividad.** Las actuales disposiciones nacionales sobre el régimen jurídico y sobre los procedimientos administrativos comunes para el sector público limitan la autonomía procesal y material de los Estados miembros en relación con las condiciones que rigen las indemnizaciones por daños causados por actos legislativos. 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 infracción 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. La Comisión incoó un procedimiento de infracción enviando una carta de emplazamiento a las autoridades españolas en junio de 2017. España dispone de dos meses para responder a los argumentos planteados por la Comisión; de

lo contrario, la Comisión podría tomar la decisión de llevar el asunto ante el Tribunal de Justicia de la UE.

El **procedimiento administrativo previo** se inició por la Comisión Europea a raíz de una denuncia presentada el mismo día de la publicación en el BOE de las leyes cuestionadas (02/10/2015), denuncia que fue registrada con el expediente CHAP(2015)02745³.

La **Carta de emplazamiento**, previa al dictamen motivado, fue remitida por la Comisión el 14 de junio de 2017.

Hasta el Presidente del Tribunal Supremo, LESMES SERRANO, ha intervenido en el debate a través de un estudio publicado bajo el título: “*Reflexiones sobre el nuevo régimen de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea*”. Editorial Jurídica Sepín, octubre 2017.

IV. Argumentos expuestos en el procedimiento ante la Comisión⁴

Según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desde la sentencia *Franco-vich*, 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)**.

Ambos principios son los que esgrime la Comisión Europea en su demanda por incumplimiento.

Los preceptos cuestionados, que ofrecen una redacción confusa y farragosa, infringen los mencionados principios del Derecho de la UE de equivalencia y efectividad, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los efectos de sus sentencias.

En mi opinión, la disposición más inaceptable es la que exige, para la procedencia de la reclamación, que “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**”.

Dicho requisito también se exige cuando las normas sean contrarias a la Constitución (**sentencia desestimatoria firme y “siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada”**), por lo que, en principio, parecería que el principio de equivalencia no sería vulnerado; pero sí –en mi opinión– **el de efectividad**, pues tal

³ Posteriormente existe otra denuncia, distinta a la narrada, presentada ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, por Don Francisco Verdún Pérez, registrada bajo el número 0559/2017.

⁴ Los argumentos expuestos en la denuncia constan publicados en: (2017) “*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)*”. CEFLEGAL, nº 201, octubre 2017.

exigencia **hace excesivamente difícil** el ejercicio de la acción de responsabilidad, sobre todo para un ciudadano medio, que debe anticipar la existencia de una vulneración del Derecho de la UE.

La previsión supone un grosero desconocimiento del **principio de fiabilidad del sistema legal**, que podemos extraer de, entre otras, la importante sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección Cuarta), de 14 de julio de 2010 (nº de recurso 21/2008. Ponente señora PICO LORENZO)⁵, en cuyo fundamento jurídico tercero puede leerse:

“Es cierto que la recurrente no impugnó jurisdiccionalmente la autoliquidación del IVA, **más sí reaccionó cuando tuvo conocimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia. Con anterioridad se limitó a aceptar la aplicación de la legalidad española vigente sin que le fuese exigible una conducta tendente a poner de relieve el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones establecidas en la Directiva.** Podía haber interesado la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa denegando la devolución de los ingresos indebidos pretendida más optó por iniciar otra vía al amparo de la responsabilidad administrativa por actos del legislador que es la que finalmente ha llegado ante los Tribunales.

.../...

No era exigible a la recurrente, tal cual pretende el Abogado del Estado, que hubiere impugnado la autoliquidación del IVA en el momento de su realización ya que aquella se llevó a cabo conforme a la legalidad interna entonces vigente sin que ese aquietamiento de la recurrente tenga que impedir obtener el eventual beneficio derivado de la condena por incumplimiento al Reino de España declarada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades”.

Bastante tiene el ciudadano, en un mundo de *leyes desbocadas* –como señalara el profesor García de Enterría-, con tratar de cumplir con la legislación vigente, para que tenga que pechar también con la obligación de monitorizar la legislación desde el punto de vista constitucional y del Derecho de la UE.

En mi opinión, el *principio de fiabilidad del sistema legal*, expresión de la seguridad jurídica consagrada por el artículo 9º de la Constitución Española, garantiza la confianza

⁵ Como antecedentes pueden citarse también, entre otras, las SSTS de 13 de junio del 2000, casación 567/1998, y de 17 de julio del 2000, casación 736/1997, en las que el Tribunal Supremo entendió que no podía considerarse como una carga exigible al particular, con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley, la de recurrir un acto de aplicación de la norma declarada inconstitucional, pues esta carga sería desproporcionada y conduciría a la consecuencia absurda de “sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable”. Por tanto, la jurisprudencia acogía la posibilidad de que, si los perjudicados de una ley declarada inconstitucional no hubieran recurrido jurisdiccionalmente los actos de aplicación, pudieran luego, una vez declarada dicha inconstitucionalidad, instar la revisión del acto nulo de pleno derecho en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma que le daba cobertura.

legítima del ciudadano, **verdadero destinatario de las normas**, en el Ordenamiento Jurídico. **No puede perjudicarse la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación vigente.**

En virtud de dicho principio, por tanto, no le es exigible al ciudadano una conducta tendente a poner de relieve el incumplimiento por el legislador de la Constitución o de las normas del Derecho europeo. Es decir, a quien se limita a aplicar la legislación vigente y se aquieta a ella, no se le impide obtener, en el futuro, el eventual beneficio derivado de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o de la declaración de incompatibilidad de dicha norma con el Derecho de la Unión Europea.

En el ámbito de la reclamación de responsabilidad patrimonial por actos del Estado-legislador, dicho principio supone que no se rompe la relación de causalidad por el hecho de que el reclamante no agote los recursos administrativos o judiciales frente a los actos administrativos.

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.**

¿Sería razonable que se exigiera que el Estado miembro tuviera que suspender la aplicación de una Ley por la mera incoación de un procedimiento de infracción o por la presentación de una cuestión prejudicial? ¿por qué entonces se establece la carga para el ciudadano de cuestionar la Ley vigente para ser beneficiario de un futuro resarcimiento?

Para LESMES SERRANO, “puede resultar excesivo obligar al particular al agotamiento de las vías administrativa y jurisdiccional, con expresa alegación de la infracción del Derecho de la Unión Europea, cuando la declaración del carácter contrario del Derecho nacional al Derecho de la Unión se hace depender del previo pronunciamiento de Luxemburgo, **quizá a través de un proceso por incumplimiento reservado a los Estados y a la Comisión, o bien con ocasión de una cuestión prejudicial que, además de no tener por objeto el enjuiciamiento del Derecho nacional, su planteamiento corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional.**

En fin, en el caso de la acción recogida en el art. 32.5 de la Ley 40/2015 –al igual, por otra parte, que sucede con la acción basada en la inconstitucionalidad de la norma del art. 32.4–, 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”.

La normativa cuestionada contiene confusas menciones a los **efectos de las Sentencias del TJUE**, cuando esto es una competencia exclusiva del Tribunal de Luxemburgo.

Por tanto, también el apartado 6 del artículo 32 Ley 40/2015 (“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”, sería contrario al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha advertido de forma reiterada que es competencia **exclusivamente suya** limitar **excepcionalmente** 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, su Sentencia de 27 de febrero de 2014 (Asunto C-82/12. *Transportes Jordi Besora, S.L.*). 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 sólo puede admitirse en la misma sentencia**” del Tribunal de Justicia.

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.**

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*⁶:

“43. En segundo lugar y aún 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.

⁶ (http://economia.elpais.com/economia/2015/10/26/actualidad/1445882123_676560.html):

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 UE, 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 UE en España.

El Abogado General señor MENGOZZI, en sus Conclusiones, evacuadas el 13 de julio de 2016, recaídas en el referido asunto C-154/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo*, señaló que: **“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 las sentencias que dictan los órganos jurisdiccionales supremos en su función de juez ordinario del Derecho de la Unión”**.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, recaída en el asunto de referencia (C-154/15, *Gutiérrez Naranjo*), ha dejado sentado que

“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, 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, 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es el único que puede decidir al respecto.

Es decir, el referido artículo 32.6 debería, simple y llanamente desaparecer; porque además es confuso y posiblemente contradictorio con el artículo 34.1, párrafo segundo.

Volviendo con LESMES SERRANO, “la Ley 40/2015 parece considerar que la disposición legal deviene contraria al Derecho de la Unión Europea, no porque lo sea por sí misma, sino por la circunstancia de que el Tribunal de Justicia así lo declara y, en consecuencia, entiende que dicho carácter cabe predicarse exclusivamente desde el momento en que se publica la Sentencia de Luxemburgo, lo que puede implicar reconocer efectos jurídicos válidos a esa ley, a pesar de que pueda resultar contraria al Derecho de la Unión desde el principio.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que la interpretación que se da a una norma de Derecho de la Unión aclara y especifica, cuando es necesario,

el significado y alcance de dicha norma, tal y como esta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor, de modo 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, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

Solo con carácter excepcional, como manifiesta, entre otras, la Sentencia de 16 de julio de 1992, asunto *Legros y otros*, C-163/90, puede el Tribunal de Justicia limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la disposición interpretada con el fin de cuestionar unas relaciones jurídicas establecidas de buena fe.

Sin abandonar la limitación temporal de la regulación, de acuerdo con el art. 34 de la Ley 40/2015, a salvo de que en la sentencia se haya dispuesto otra cosa, la indemnización se limita únicamente a los daños producidos en el plazo de los **cinco años** anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia.

De entrada, **surgen dudas respecto de la determinación de la naturaleza jurídica de este plazo limitativo de los daños**, sobre el que nada dice el legislador, pues solo se califica como plazo de prescripción el de un año previsto en el art. 67.1 de la Ley 39/2015, para reclamar desde la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Pues bien, la doctrina del Tribunal de Justicia –entre otras, Sentencias de 28 de noviembre de 2000, *Roquette Frères*, C-88/99; 17 de noviembre de 1998, *Aprile*, C-228/96, y de 17 de julio de 1997, *Haahr Petroleum*, C-90/94– admite la fijación de plazos razonables de prescripción del ejercicio del recurso de recuperación de cantidades abonadas indebidamente, poniendo de manifiesto –Sentencia de 2 de diciembre de 1997, asunto *Fantask y otros*, C-188/95– que tales plazos razonables no pueden considerarse contrarios al principio de efectividad, aunque, por definición, su expiración entraña la desestimación de la acción interpuesta.

Sin embargo, a tenor del texto legal, se ignora si el plazo de limitación de cinco años puede considerarse como tal plazo de prescripción, **operando más bien como un límite a los efectos de la sentencia**, de manera que podrían suscitarse dudas más que justificadas tanto desde la perspectiva de la *restitutio in integrum*, **así como de la propia doctrina del Tribunal de Justicia sobre los efectos temporales de sus pronunciamientos**, como se infiere, entre otros, en sus Sentencias de 17 de febrero de 2005, *Linnwebwe y Akritidis*, C-453/02 y C-462/02, y de 6 de marzo de 2007, *Meilicke y otros*, C-292/04”.

En virtud del **principio comunitario de equivalencia** es cuestionable la aplicación del **requisito de la “violación suficientemente caracterizada”**⁷, 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*”.

Ya es sabido que, en el caso español, el diferente tratamiento de los requisitos procedimentales exigibles a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por un lado,

⁷ La define el Diccionario del español jurídico como “infracción del ordenamiento jurídico europeo que, por revestir una especial gravedad, puede, en concurrencia con otros requisitos, hacer surgir la responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del derecho europeo”.

como consecuencia de la aplicación de leyes inconstitucionales y, por otro, con relación a los exigibles por vulneración, en el ejercicio de la actividad legislativa, de las normas del Derecho de la Unión Europea fue resuelto por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08 *Transportes Urbanos*, C-118/08), a propósito de los requisitos exigidos para apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de infracción del Derecho de la Unión Europea, haciendo valer el **principio de equivalencia**.

COBREROS MENDAZONA⁸ 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)”.

Respecto al artículo 67.1, tercer párrafo, de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, parece que el plazo de un año establecido en el mismo podría ser respetuoso con el “*principio de efectividad*” perfilado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Siempre que se entienda, exclusivamente, como plazo para ejercitar la acción (principio de la “*actio nata*”).

Este precepto se refiere al plazo de prescripción de la acción y pone en evidencia que los artículos 32.6 y 34.1, segundo párrafo, están regulando, *ultra vires*, los efectos de las sentencias del TJUE.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO⁹ 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 Unión Europea*. Es decir, “en el aspecto regulado en el **art. 67.1 (tercer párrafo) 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.

⁸ “*La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial*”. Revista de Administración Pública, nº 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, nº 196, enero-abril (2015).

⁹ “*Una mala reforma del procedimiento administrativo (y III)*” <http://almacendederecho.org/una-mala-reforma-del-procedimiento-administrativo-iii/>. 17 de octubre de 2016.

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 des-concentrada- 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 **la 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”.

En mi opinión, la regulación que críticamente estamos comentando y que será objeto de enjuiciamiento por el TJUE, regula exclusivamente la responsabilidad del Estado-legislador cuando sus actos (leyes) son declarados disconformes con el ordenamiento europeo. A partir de tal declaración (sentencia recaída en un recurso por incumplimiento o en una cuestión prejudicial) es cuando los perjudicados pueden iniciar su acción resarcitoria en los términos de estas normas, por los perjuicios que hubieren sufrido y que no tienen el deber jurídico de soportar.

En ausencia de ley declarada contraria al ordenamiento comunitario, o mientras se están sustanciando recursos por incumplimiento o cuestiones prejudiciales ante el TJUE, si un particular soporta un acto contrario al Derecho de la UE tiene a su disposición –para atacarlo- los recursos administrativos ordinarios y los procedimientos de revisión legalmente establecidos. En este caso, estaríamos hablando de un particular jurídicamente cualificado para cuestionar la validez de la norma interna respecto al Derecho de la UE; diligencia que, como he defendido no es exigible.

Un clarificador caso de actualidad nos lo ofrece la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del 3 de marzo de 2021, recaída en el Asunto C-220/19 (*Promociones Oliva Park, S.L.*), en el que se cuestionaba el impuesto español sobre el valor de la producción de la energía eléctrica; que finalmente ha sido declarado como conforme con las directivas europeas, a pesar de que la Comisión Europea consideraba lo contrario¹⁰.

Seguramente muchos sujetos pasivos, teniendo conocimiento de la cuestión prejudicial que dio origen a la referida sentencia, habrán presentado contra las autoliquidaciones del impuesto las correspondientes solicitudes de revisión o recursos administrativos que consideren oportunos y que ahora penden ante los tribunales económico-administrativos o de justicia y que, a raíz de la sentencia, serán previsiblemente desestimados. Según la prensa¹¹, sólo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana penden casi 2.000 recursos y ante la Audiencia Nacional hay recursos fundamentados en la base imponible del impuesto, cuestión que no ha sido dilucidada por la STJUE.

Es posible que hayan impugnado de forma preventiva, *ad cautelam*, para seguir al pie de la letra las disposiciones que aquí estamos cuestionando. Si la sentencia europea hubiera establecido que referido impuesto se opone a las directivas, los recursos administrativos y judiciales pendientes serían estimados (se hubiera o no alegado la infracción del Derecho de la UE. *Iura novit Curia y primacía*). En caso de existir una previa sentencia desestimatoria firme, se abriría la acción de responsabilidad, que entiendo debería ser estimada se hubiera o no alegado la infracción del Derecho de la UE; por los motivos que he expuesto.

¹⁰ “La Abogacía del Estado gana la mano a Bruselas en el caso del impuesto eléctrico”. https://www.el-confidencial.com/empresas/2021-03-04/abogacia-estado-comision-europea-ipvee_2976400/

¹¹ *Ibidem*.