

## ***Legislador legislado (en parte)***

-

Cuando un Estado miembro de la Unión Europea incumple las obligaciones que le impone esa condición, la Comisión Europea puede acudir a las previsiones del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Conforme a él, si el Estado no se aviene a las exigencias contenidas en el dictamen en el que se identifique la infracción, la Comisión puede recabar el auxilio del Tribunal de Justicia para que dirima la controversia.

Así ha sucedido en el caso que finalmente ha resuelto la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(Gran Sala\) de 28 de junio de 2022, Comisión c. España, C-278/20 \(ECLI:EU:C:2022:503\)](#), en la que el Tribunal estima en parte el recurso de la Comisión y declara incompatibles con el derecho de la Unión algunas de las previsiones sobre responsabilidad del legislador español cuando el daño infringido a un particular trae causa de una infracción del derecho europeo.

Ese régimen especial de responsabilidad, regulado junto al resto de supuestos de la denominada «responsabilidad patrimonial» de la Administración pública, se previó en los apartados 3 a 6 del artículo 32 y en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuyas previsiones habrán de modificarse tras la sentencia que ahora se presenta.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de cuya observancia es garante –entre otras muchas competencias– la Comisión Europea, prevé en su artículo 340 la responsabilidad de la Unión por los daños que causen sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones. Una previsión que, por cierto, remite a «los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» como único requisito para la reparación de un daño que corresponderá decidir al Tribunal de Justicia de la Unión (cfr. artículo 268 TJUE). El Tratado carece, sin embargo, de una norma equivalente aplicable a los Estados miembros. Los daños que estos puedan causar habrán de resolverse conforme a las normas nacionales de responsabilidad de los poderes públicos y, en su caso, de responsabilidad del legislador.

Es, hasta cierto punto, incoherente. La adecuación del derecho nacional al derecho europeo se confía a un control de legalidad. Al previsto en el ya referido artículo 258 TFUE por parte de la Comisión o al más general e indirecto de las cuestiones prejudiciales que, conforme al artículo 267 TFUE pueden plantear todos los órganos jurisdiccionales nacionales ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo,

la infracción del derecho de la Unión puede causar daños a los particulares y en ese caso, la Unión carece de normas propias de protección de sus ciudadanos contra los excesos (o defectos) de sus Estados nacionales. El Tratado, que impone responsabilidad –aunque difusa- a las instituciones y agentes europeos, se conforma con el control de legalidad cuando los daños pueden ser causados por los Estados miembros.

El silencio del Tratado lo ha suplido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha reiterado en diversas ocasiones que los particulares tienen derecho a una indemnización cuando se cumplen tres requisitos: (a) que la norma infringida del derecho de la Unión tenga por objeto conferirles derechos; (b) que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada; y (c) que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por esos particulares.

Tales son los requisitos que el Tribunal, en las decisiones que cita en los párrafos 29 a 33 de la sentencia que se presenta con estas líneas y en algunas otras, ha establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad por infracción del derecho europeo contra los Estados miembros por parte de los ciudadanos (y, por cierto, también entre estos, pues desde la [STJUE de 20 de septiembre de 2001, \*Courage\*, C-453/99 \(ECLI:EU:C:2001:465\)](#) sabemos que la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión puede exigirse a un particular).

El párrafo quinto del artículo 32 LRJSP incorporó al texto legal los tres requisitos exigidos por el TJUE para el nacimiento de la responsabilidad por infracción del derecho europeo que se han referido. Nada, por tanto, debía objetarse al legislador español. De hecho, nada le obligaba a regular la materia en nuestro derecho interno, pues con regulación nacional o sin ella, todos los Estados miembros están sujetos a la jurisprudencia europea que ha reconocido el derecho a una indemnización a los particulares perjudicados por una infracción del derecho europeo. La incorporación de esos requisitos de origen jurisprudencial en nuestro derecho interno de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas era –y es, cuando menos- una contribución a la seguridad jurídica y debe ser, por tanto, bienvenida.

Para la Comisión Europea, el problema no estaba allí (a salvo del debate que se suscita en el caso sobre la equivalencia de los términos «incumplimiento» e «infracción»). La Comisión denunciaba lo que antecedía y seguía a esa disposición. En concreto, que, además de la concurrencia de los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia, la regulación española exigiera que:

- El particular hubiera obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño (artículo 32.5 LRJSP).
- Que en el proceso que finalizó con la sentencia firme desestimatoria de la pretensión de la víctima el particular hubiera alegado la infracción del derecho de la Unión (artículo 32.5 LRJSP)
- Que el plazo anual de prescripción de la acción se computara desde la publicación de la sentencia que declare la infracción del derecho europeo en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 67.1 LPAC).
- Que los daños indemnizables solo sean los producidos en los cinco años anteriores a la publicación de esa sentencia (artículo 34 LRJSP).

A juicio de la Comisión Europea, tales exigencias vulneraban el «principio de efectividad». Una limitación a la autonomía procesal de los Estados miembros elaborada por una abundante

jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en el caso que nos ocupa, implica que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños por infracción del derecho de la Unión «no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización», como resume el Tribunal en el párrafo 33 de la sentencia.

También a juicio de la Comisión, la regulación española en la materia contravenía el «principio de equivalencia». Otra restricción al ejercicio de competencias nacionales elaborada por el Tribunal que implica que «los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna», como la sentencia refiere y concreta en el caso en el mismo párrafo 33.

En resumen: que la regulación española dificultaba en exceso la reclamación de un daño causado por una Administración pública española infractora o incumplidora del derecho europeo y que, además, esas dificultades eran exclusivas del supuesto en cuestión, pues no se exigían a otro que la Comisión consideraba análogo, que es de la responsabilidad por daños causados por leyes inconstitucionales; pretensión que se regula en el artículo 32.4 LRJSP. En estos términos se planteó el debate que hubo de resolver el Tribunal de Justicia.

La alegación principal del Estado español, seguida de muchas otras basadas en argumentos diversos que trataban de contrarrestar los esgrimidos por la Comisión, es cierta, aunque resultó ser insuficiente. Conforme a ella, las reglas especiales de responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión son solo eso, unas reglas especiales. De «cláusula de cierre del sistema jurídico español» la calificaron nuestros servicios jurídicos. No les falta razón, al menos en la mayoría de supuestos imaginables. En ellos, la regla general será la contenida en el apartado tercero del artículo 32 LRJSP, dedicado a la responsabilidad por daños causados por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que sus víctimas no tengan el deber jurídico de soportar. Tal será el caso, ciertamente, en todos los casos en que una actuación (u omisión) material de la Administración se ejecute en cumplimiento de una norma contraria al derecho europeo. Cuando así suceda, la indemnización de las víctimas podrá exigirse con base en esa cláusula general, sin necesidad de acudir a los requisitos exigidos en el apartado quinto del mismo precepto y en el resto de los impugnados por la Comisión.

El adverbio «también» con el que concluye el tercer apartado del artículo 32 LRJSP y que antecede a las previsiones específicas en materia de responsabilidad por infracción de la Constitución y del derecho de la Unión confirmaría esa lectura de la norma («La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores»).

Si esto es así, la pregunta es por qué motivo se incluyeron entonces las previsiones impugnadas por la Comisión en las leyes de régimen jurídico del sector público y de su procedimiento común. La incógnita, adicional, es si tales reglas hubieran sido entendidas por nuestros jueces y tribunales como meros complementos de la que sería la «cláusula general de responsabilidad del legislador», cuando la ley incluía normas especiales para el supuesto de que esa responsabilidad tuviera su origen, específicamente, en la infracción del derecho europeo.

En todo caso, esos argumentos cedieron ante la constatación, incontestable al menos en teoría, de que las infracciones posibles del derecho de la Unión no se agotan en el funcionamiento – normal o anormal – de los servicios públicos, al que se refiere el apartado tercero del artículo 32 LRJSP cuando impone responsabilidad por daños causados «como consecuencia de la aplicación de actos legislativos».

Esa limitación impide, a juicio del Tribunal, que hace suyos los argumentos del Abogado General en este punto (se pueden consultar [aquí](#)), concluir que las reglas especiales contenidas en materia de responsabilidad del legislador impugnadas en el procedimiento eran hasta cierto punto superfluas. Es preciso distinguir la responsabilidad de la Administración, que asume las consecuencias materiales de la aplicación de una norma, de la responsabilidad de quien la promulgó o en la que se puede llegar a incurrir en caso de que no se promulgue la que debería elaborarse y promulgarse.

Son planos diferentes que tienden, no obstante, a confundirse por la ausencia de una regla europea –con o sin efecto directo– que establezca los postulados básicos de la responsabilidad de los legisladores nacionales de los Estados miembros. Si así fuera, la interpretación del derecho propio conforme al europeo y la primacía de este para excluir o sustituir al nacional hubieran evitado, seguramente, la promulgación de las normas discutidas o la gravedad que rodeó al debate resuelto por el Tribunal.

Ese extremo explica buena parte del debate suscitado entre la Comisión y los servicios jurídicos del Estado, embarazados en argumentos sobre los efectos de las sentencias que declaran la ilegalidad de una norma, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa española, el tribunal competente para declarar la infracción en función de la norma europea infringida y las competencias europeas y estatales en el control de la legalidad. Una norma europea sobre la materia, además de garantizar un marco común de protección a todos los ciudadanos de la Unión frente a los desmanes o deficiencias de sus legisladores, evitaría pleitos como el resuelto por la sentencia. En ausencia de tal norma, habrá de ser un juez o tribunal quienes declaren la incompatibilidad de una ley nacional con las disposiciones europeas.

Este es el punto central de la discusión que se planteó ante el Tribunal, tanto en la teoría como en la práctica. En la teoría, porque mientras un juez no declare la ilegalidad de una norma, esta mantiene su vigencia. En la práctica, porque mientras esa ilegalidad no se declare, las autoridades de un Estado siguen obligadas a aplicarla. Y allí está el núcleo del debate y de las desavenencias (e incomprensiones mutuas) entre las partes del proceso y de las complicaciones que la norma española impone a los justiciables.

Si el TJUE ha confirmado en un momento previo a la reclamación de la víctima potencial la adecuación de la norma nacional en cuestión al derecho europeo, no hay caso y las autoridades administrativas, jueces y tribunales nacionales pueden aplicarla sin dudar sobre su legalidad. Si el TJUE ya ha declarado la infracción del derecho europeo, es difícil imaginar que la norma siga en vigor y es improcedente que su víctima haya de recolectar sentencias desestimatorias antes de plantear la responsabilidad del legislador. Si el TJUE no ha tenido todavía conocimiento de la eventual infracción del derecho europeo, parece excesivo que la víctima haya de esperar hasta su decisión, pero es razonable que existan dudas sobre la existencia de esa infracción. Esos son los escenarios que debían resolverse. La cuestión central, que la sentencia soslaya, está en determinar quién ha de declarar la infracción del derecho de la Unión en ausencia de una norma europea sobre la responsabilidad de los Estados miembros.

El Tribunal considera que es excesivo exigir su pronunciamiento respecto de la adecuación a la legalidad europea como un requisito para indemnizar a las víctimas. Dicho en términos técnicos, es contraria al «principio de efectividad», pues dificulta injustificadamente el ejercicio del derecho. De hecho, el Tribunal de Justicia recuerda (párrafos 104 a 106) su doctrina conforme a la cual la reparación con cargo a un Estado miembro de las consecuencias de una infracción del derecho europeo no puede supeditarse a una declaración previa del incumplimiento por parte del propio Tribunal.

Es cierto, que la sentencia a la que se refiere el apartado quinto del artículo 32 LRJSP no debe proceder exclusivamente, en el tenor literal de la previsión, del Tribunal de Justicia. Cabría, por tanto, cualquier decisión judicial nacional para cumplir con el requisito. Pero también lo es que cuando se regulan el plazo de prescripción y el ámbito temporal de la indemnización (artículos 67.1 LPAC y 34.1 LRJSP, respectivamente), parece que el legislador español contempla solo las decisiones del Tribunal de Justicia y a eso se aferran la Comisión y la decisión del Tribunal.

Si la declaración de la infracción puede proceder de un tribunal nacional, como parece que la sentencia admite, tiene sentido que se exija la firmeza de la decisión (quizá hubiera sido mejor identificar las decisiones de órganos jurisdiccionales no susceptibles de recurso, pues la firmeza puede ser efecto de causas diversas). Sin embargo, ese requisito solo puede auxiliar a las víctimas que, por impugnar una actuación de la Administración que causó el daño en cumplimiento de la norma, pueden denunciar la infracción del derecho europeo en el correspondiente procedimiento judicial. En ese caso, la víctima podría fundar su pretensión en las reglas generales de responsabilidad patrimonial y en el control de la resolución administrativa del caso por parte de la jurisdicción ordinaria.

El requisito excluye a las víctimas de leyes que infrinjan la legalidad europea que no hayan fundado una actuación (u omisión) imputable a una Administración. Por tal razón, el fallo del Tribunal concluye que es contraria al «principio de efectividad» la exigencia de una sentencia (del Tribunal de Justicia) que declare la infracción con carácter previo, pero que también lo es requerir una sentencia firme (que habrá de ser necesariamente nacional) que desestime la alegación de la infracción del derecho europeo. Aunque en ese caso, y la salvedad es muy relevante, solo cuando el daño no sea consecuencia de una actuación administrativa impugnada.

De igual modo, aunque en términos menos rotundos, el Tribunal duda –y aquí hubiera sido deseable una mayor claridad en su decisión– de la adecuación de la exigencia de que el justiciable haya alegado la infracción a lo largo del procedimiento. El requisito tiene, de hecho, algo de tautológico: si la infracción existe por haber sido declarada, la alegación del particular debería ser irrelevante; también si la infracción es declarada por el tribunal que conozca del asunto en cumplimiento de sus funciones de control de la legalidad europea y sin perjuicio de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial (cuyo planteamiento es obligatorio, si concurren dudas de legalidad, para los tribunales nacionales cuyas decisiones no pueden ser recurridas, como prevé el artículo 267 TFUE).

En todo caso, si la infracción no ha sido todavía declarada por ningún juez o tribunal (en cuyo caso existirán dudas sobre su existencia), el Tribunal considera que el requisito podría «suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad» (párrafo 144).

Las razones anteriores llevan al Tribunal a estimar las alegaciones de la Comisión en relación con la determinación del día inicial de cómputo del plazo anual de prescripción para la reclamación de responsabilidad del legislador. El artículo 67.1 LPAC fija ese momento en la fecha de publicación de la sentencia, pero como no todas las infracciones pueden dar lugar a una sentencia, el requisito supone supeditar el ejercicio del derecho a una declaración judicial previa que la declare y, en esa medida, es contrario al «principio de efectividad».

Con argumentos más intuitivos, el Tribunal considera contraria al derecho europeo la limitación temporal de los daños indemnizables prevista en el artículo 34.1 LRJSP. Conforme a ella «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.»

Se trata, sin duda, del requisito más discutible de los que incluyó la legislación debatida, en especial si se tiene en cuenta la duración esperada de los procedimientos judiciales en los que han de embarcarse las víctimas del daño. Parece que no tiene otra justificación que la salvaguarda de las arcas públicas (que no es poca cosa), que cede, sin embargo, ante la exigencia de reparación integral del daño causado. Principio que el Tribunal evoca sin mayores detalles, acaso por considerarlo esencial al sistema de responsabilidad por daños y común a los principios europeos en la materia.

La sentencia desestima el segundo grupo de alegaciones de la Comisión contra la normativa española basada en la vulneración del «principio de equivalencia». Conforme a ellas, los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea para la existencia de la responsabilidad del legislador por infracción del derecho europeo deberían ser análogos a los exigidos para otros supuestos de responsabilidad del legislador por infracción de normas nacionales.

La Comisión toma como elemento de comparación los requisitos que el apartado cuarto del artículo 32 LRJSP exige en los casos de contravención de la ley con los mandatos constitucionales. En ese caso, la LRJSP no exige que la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que la infracción esté suficientemente caracterizada. Requisitos que, además de la existencia de una relación de causalidad, contempla el apartado quinto del artículo 32 LRJSP en cumplimiento de la jurisprudencia europea sobre la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión, como se ha visto. Parece que la Comisión exigía que esos mismos requisitos gobernarán la responsabilidad por inconstitucionalidad o que, ausentes en ese caso, desaparecieran de la regulación española debatida.

El Tribunal considera tales argumentos infundados y desestima la pretensión de la Comisión. La regulación española en materia de responsabilidad del legislador por infracción del derecho europeo no contraviene, por tanto, el «principio de equivalencia».

El incumplimiento del legislador español se circunscribe, así, a cuestiones relacionadas con el «principio de efectividad». Todas ellas tendentes a facilitar la pretensión de las potenciales víctimas y en eliminar las restricciones temporales a su ejercicio y contenido. Habrá ahora que enmendar lo hecho. De acuerdo con el artículo 260 TFUE, el Estado español está obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. De otro modo, la Comisión puede instar ante el Tribunal la imposición del pago de multas coercitivas o sumas a tanto alzado. Al margen de esa amenaza, una cuestión tan delicada y cercana a la garantía de la legalidad exige una regulación que incluya la solución dada por el Tribunal a las controversias planteadas en el caso. El objetivo de la regulación de la responsabilidad del legislador, en este caso por infracción del derecho europeo, es reducir al máximo la frecuencia de casos en que tal infracción puede existir. Limitar cualitativa o cuantitativamente la pretensión de las víctimas no fortalece el estado de derecho. Toca ponerse a ello a la vuelta del verano.

La labor más compleja desde el punto de vista técnico será, sin duda, la distinción entre las infracciones del derecho europeo que pueden ser indemnizadas por el sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de aquellas otras que, por no implicar una actuación material por parte de la Administración, no pueden confiarse al régimen general. Aunque en muchos de esos casos, el problema será de legalidad, y no de responsabilidad. Quizá, por ello, desvincular la regulación de la responsabilidad del legislador por el incumplimiento del derecho europeo del régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas facilitaría las cosas.

Carlos Gómez Ligüerre