



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 19 de julio de 2023, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO, EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR DAÑOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 24 de mayo de 2023, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto por el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión

2.- La Comisión Permanente del Consejo de 1 de junio de 2023, designó ponente de este informe al vocal don Wenceslao Olea Godoy.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 LOPJ (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) tiene por objeto los anteproyectos de leyes



y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «[N]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales» (apartado sexto), y a “cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna” (apartado 9 del artículo 561.1 LOPJ).

4.- El anteproyecto que se informa aborda la modificación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por vulneración del derecho de la Unión, además de introducir cambios en el recurso de casación contencioso-administrativo mediante la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

5.- La norma proyectada, por tanto, incide en el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, en los derechos de los particulares a obtener una reparación íntegra por los daños causados por el Poder legislativo y en la tutela judicial efectiva de dichos derechos, lo que permite situar con facilidad el ejercicio de la potestad de informe del Consejo en el marco del artículo 561.1 de la LOPJ.

6.- Con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO OBJETO DE INFORME

7.- El anteproyecto que se informa viene acompañado de la correspondiente Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) y consta de una



Exposición de Motivos, dos artículos, una Disposición transitoria, y tres Disposiciones finales, como sigue:

- **Artículo 1.** Modificación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- **Artículo 2.** Modificación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- **Disposición transitoria única.** Procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea.
- **Disposición final primera.** Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- **Disposición final segunda.** Fundamento constitucional.
- **Disposición final tercera.** Entrada en vigor.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

i. Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho europeo. Una construcción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

8.- En palabras del Tribunal Supremo, la responsabilidad patrimonial del Estado, en su configuración general, tiene una finalidad que «*se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión al no existir un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. Por tanto, el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial individualizada, real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo, sino que se asienta en la falta de justificación del daño, es decir, en la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber jurídico de soportarla*» (STS, Sala 3ª, 13 de marzo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:858, entre otras).

9.- Centrando la cuestión en la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión, procede poner de manifiesto que ningún precepto de los Tratados ni de norma alguna de



Derecho derivado contemplaba expresamente el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por los daños provocados por una vulneración de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea, habiendo sido dicho principio de responsabilidad resultado de una construcción jurídica por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, como es sabido, y sin perjuicio de la existencia de precedentes doctrinales y judiciales menos específicos, fue la famosa Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich* y otros, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90 (ECLI:EU:C:1991:428), la que inició la construcción de dicho principio resarcitorio. Esta resolución judicial formuló una responsabilidad de los Estados miembros de tipo objetivo que, *a priori*, era menos exigente que el régimen establecido por la jurisprudencia del propio Tribunal en aplicación de lo previsto en el actual artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en materia de responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea (“En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”), cuestión que será matizada en la posterior STJUE de 5 de marzo de 1996 [asunto “*Brasserie du Pêcheur SA* contra *Bundesrepublik Deutschland/ The Queen* contra *Secretary of State for Transport* (ex: parte: *Factortame Ltd* y otros) ECLI:EU:C:1996:79].

10.- Entiende el TJUE, de conformidad con esta última y posteriores resoluciones [principalmente las Sentencias de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* (C-178/94, C-179/94, 188/94, 189/94 y C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375) y de 24 de marzo de 2009 *Danske Slagterier* (C-445/06), ECLI:EU:C:2009:178]- que la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho de la Unión «*no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria que origina el daño*». En consecuencia, también los incumplimientos del derecho comunitario por los Estados miembros generan en los ciudadanos un derecho a la reparación de los daños causados al amparo del artículo 340 del TFUE, aquilatándose igualmente lo que constituye un pilar de la construcción del concepto: ante una violación del derecho comunitario es indiferente «*cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento, esto es, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al Poder legislativo, al Poder judicial o al Poder ejecutivo, pues la obligación de reparar el daño no puede depender de las normas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales*».



11.- Por tanto, el TJUE configura definitivamente desde la Sentencia de 5 de marzo de 1996 el alcance general de este principio de responsabilidad patrimonial, toda vez que es de aplicación respecto de la vulneración de cualquier tipo de normas, tengan o no efecto directo, y con independencia del poder público nacional del que provenga la infracción, incluido, como se ha señalado, el Poder legislativo:

«35. Además, el hecho de que el incumplimiento reprochado sea, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y, en el presente caso, el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

36. Por consiguiente, procede responder a los órganos jurisdiccionales nacionales que el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional».

12.- Además, el TJUE también extiende la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión tanto a las acciones como a las omisiones, es decir, dicha responsabilidad abarca los incumplimientos del Legislador que traigan causa de la no transposición o de la transposición deficiente o incompleta de una Directiva de la U.E: *«46. Una vez recordado lo anterior, procede señalar que el legislador nacional, al igual, por otra parte, que las Instituciones comunitarias, no dispone sistemáticamente de una amplia facultad de apreciación cuando actúa en un ámbito regido por el Derecho comunitario. Este puede imponerle obligaciones de resultado u obligaciones de actuar o de abstenerse que reduzcan, a veces considerablemente, su margen de apreciación. Así sucede, en particular, en el supuesto de que, como ocurría en las circunstancias que concurrían en la sentencia Francovich y otros, antes citada, el Estado miembro está obligado, en virtud del artículo 189 del Tratado, a adoptar, dentro de cierto plazo, todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva. En ese supuesto, el hecho de que las medidas que deban adoptarse incumban al legislador nacional carece de pertinencia para que exista la responsabilidad del Estado miembro debida a la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva».*

13.- De otro lado, también se perfilan tanto en estas resoluciones como en muchas posteriores, los requisitos para que el Estado incurra en



responsabilidad por los daños causados a los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado de manera reiterada que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: i) que la norma infringida del Derecho de la Unión tenga por objeto conferirles derechos, ii) que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada y iii) que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por esos particulares (Sentencias de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, y de 18 de enero de 2022, *Thelen Technopark Berlin*, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33), insistiendo en numerosas ocasiones en que «*estos tres requisitos son necesarios y suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos*» (Sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, y Sentencia de 29 de julio de 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630).

14.- No obstante, toda vez que, como se ha indicado, no existe una regulación positiva de la materia en el Derecho de la Unión, incumbe a cada Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, garantizando que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho de la Unión, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación (Sentencia de 4 de julio de 2000. *Haim II*. Asunto C-424/97. ECLI:EU:C: 2000:357). Eso sí, siempre bajos dos principios, el principio de equivalencia y el principio de efectividad, que limitan la autonomía de la que gozan los Estados miembros cuando establecen los requisitos que rigen su responsabilidad por las infracciones del Derecho de la Unión que les sean imputables. (Sentencias de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, ECLI: EU:C:2010:39, y de 4 de octubre de 2018, *Kantarev*, C-571/16, ECLI: EU:C:2018:807).

15.- De conformidad con el principio de equivalencia, 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. Según el principio de



efectividad, no pueden articularse de manera tal que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

16.- En definitiva, si bien los requisitos materiales o sustanciales para que se genere el derecho a una indemnización por causa de un incumplimiento estatal vienen establecidos por el Derecho de la Unión, el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria contra el Estado habrá de hacerse en el marco del Derecho estatal en materia de responsabilidad, derecho nacional que deberá ajustarse a los citados principios de equivalencia y efectividad.

ii. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho de la Unión en el ordenamiento jurídico español.

17.- También en nuestro país la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador se construye jurisprudencialmente, siendo habitual situar el punto inicial de tal construcción judicial en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986 y de 29 de junio de 1987, que vienen a reconocer la posibilidad de perjuicios susceptibles de reparación producidos por leyes no expropiatorias y que sirvieron de fundamento a la STS de 15 de julio de 1987, que declaró que los perjuicios que los jueces y magistrados puedan sufrir como consecuencia de su jubilación forzosa anticipada derivada de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 podrían tener su fundamento en lo establecido en los artículos 9 de la Constitución española y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, y que aunque desestimó las pretensiones deducidas, dejó claro en sus fundamentos jurídicos la posibilidad de que el interesado dedujera su solicitud indemnizatoria ante el Consejo de Ministros.

18.- Posteriormente, la STS de 11 de octubre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:11561) resumió el estado de la cuestión, señalando que las vías de responsabilidad del Estado legislador son las tres que encarnan las leyes expropiatorias, las leyes inconstitucionales y aquellas otras que siendo constitucionales y no expropiatorias causen efectos negativos económicos de manera individualizada.

19.- Es en este contexto que tiene lugar la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 139.3 estableció: "Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos", lo que



constituyó, por tanto, un reconocimiento del propio legislador de la posibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial por actos legislativos, si bien estableció unos límites jurídicos a dicha posibilidad, al ser necesario atenerse a lo que establecieran los propios actos legislativos.

20.- Dicha reforma legislativa fue seguida de una jurisprudencia ciertamente reticente al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador fuera de dichos parámetros, donde cabe destacar las STS de 30 noviembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:8776) y de 1 de marzo de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:1331).

21.- De otro lado, la concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales se inició con la larga serie de sentencias que, a partir de la Sentencia de 29 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1574) estimaron la devolución de las cantidades pagadas por un gravamen complementario de la tasa de los juegos de suerte, envite y azar, creado por un precepto de la Ley 5/1990 como gravamen específico de las máquinas del juego, que la STC de 31 de octubre de 1996 declaró inconstitucional.

22.- A su vez, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad derivada de leyes que incurrían en violación de los derechos a particulares reconocidos por el ordenamiento de la Unión Europea se inicia con la STS de 12 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4076), que condenó a la Administración General del Estado a indemnizar a Canal Satélite Digital S. L. los daños sufridos como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión Europea producida por el Real Decreto Ley 1/1997, de 31 de enero, y la Ley 17/1997, de 3 de mayo.

23.- No obstante, dichos pronunciamientos fueron matizados por la Sentencia TS de 29 de enero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:442), y la Sentencia TS de 24 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3321), que establecieron: *«En cuanto a la relación directa entre la infracción de Derecho comunitario y el daño tampoco cabe apreciarlo ya que el daño alegado no es consecuencia directa de la norma estatal, el daño surge como consecuencia de un acta de aplicación y del no ejercicio por la recurrente de la acción de reintegro en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades anteriormente expuesto. En modo alguno estamos ante una norma autoaplicativa, en terminología del Tribunal Constitucional, ya que no estamos ante una ley singular que tenga efectos retroactivos sobre situaciones producidas con anterioridad. La doctrina que acaba de*



transcribirse venía a sostener que el aquietamiento del particular con los actos aplicativos de una norma legal declarada posteriormente contraria al Derecho Comunitario le impedía el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por rotura del nexo causal, y esto porque, a través del ejercicio de las oportunas acciones, ese particular pudo invocar directamente la aplicación del Derecho Comunitario frente a la norma nacional». Es decir, el Tribunal Supremo rechazaba indemnizar los daños por leyes contrarias al Derecho comunitario cuando habían prescrito los plazos para ejercer las acciones de impugnación contra los actos dictados en su aplicación o cuando los interesados habían utilizado los correspondientes medios de impugnación, pero habían obtenido una resolución administrativa o judicial desestimatoria firme.

24.- El siguiente paso de esta construcción jurisprudencial debe situarse en la conocida y ya mencionada STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos y Servicios Generales*) que dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TS que venía apreciando distinto trato a las pretensiones de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador cuando la reclamación se fundaba en los perjuicios derivados de un acto firme dictado en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional y a aquellos otros actos firmes que se dictaron en aplicación de normas de rango legal respecto de las que el TJUE declaró posteriormente que España había incumplido las obligaciones que incumbían en virtud del Derecho de la Unión Europea. Así, el TJUE responde que en aplicación del principio de equivalencia: «*el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que 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*».

25.- A raíz de este pronunciamiento, el TS rectificó su doctrina, como recoge su Sentencia de 17 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4976): «*La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, 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, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expresó, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad».

26.- La construcción y evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador tuvo su plasmación positiva en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Concretamente la regulación sustantiva o material de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas contrarias al Derecho de la Unión Europea se recoge en el Título Preliminar de la Ley 40/2015 (artículos 32, apartados 4, 5 y 6, y 34), mientras que los aspectos procedimentales o adjetivos se regulan en la Ley 39/2015.

27.- Tanto en el supuesto de responsabilidad por leyes inconstitucionales como por normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, para que nazca el deber de indemnizar deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que "el particular no tenga el deber jurídico de soportar"; y que el daño alegado sea "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas" (artículo 32.3., segundo párrafo LRJSP).

28.- Más allá de ello, la LRJSP adoptó una solución que se aparta del criterio jurisprudencial que instaura la mencionada STS de 17 de septiembre de 2010, al imponer como requisito, tanto en los casos de responsabilidad patrimonial derivada de leyes declaradas inconstitucionales como derivada de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, la obtención de una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa lesiva, lo que equivale a exigir el agotamiento de todas las vías de impugnación existentes.



29.- La LRJSP también estableció como requisitos comunes que i) sólo “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” (artículo 34.1, segundo párrafo LRJSP) y que ii) “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” (artículo 67.1, tercer párrafo LPAC).

30.- Debe tenerse en cuenta, a tenor del inciso “salvo que la sentencia disponga otra cosa” del artículo 34.1, segundo párrafo, que el plazo legal de cinco años puede verse reducido si el Tribunal Constitucional o el TJUE declaran como consolidadas ciertas situaciones nacidas en aplicación de la ley -inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión- en cuestión, lo que sí estaba en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo [entre otras, las SSTs de 1 de julio de 2003 (ES:TS:2003:4614), de 2 de febrero de 2004 (ES:TS:2004:552), de 25 de febrero de 2011 (ES:TS:2011:1032), y de 11 de octubre de 2016 (ES:TS:2016:4499)], que establece que los pronunciamientos del TC que, por exigencia del principio de seguridad jurídica, solo consideran situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la anulación aquellas que, a la fecha de publicación de la sentencia, no han adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma (artículo 40 LOTC), implican la imposibilidad de proceder con ulteriores acciones de responsabilidad por los daños ocasionados.

31.- Finalmente, el legislador sujeta en la LRJSP la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho a la Unión Europea a los tres requisitos adicionales establecidos en la jurisprudencia del TJUE: i) que se infrinja una norma europea que tenga “por objeto conferir derechos a los particulares”; ii) que esa infracción sea “suficientemente caracterizada”; y iii) que exista 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”.

iii. Sobre la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022.

32.- La Comisión Europea solicitó al Tribunal de Justicia que declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los principios de efectividad y de equivalencia al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de



la Ley 40/2015 y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, lo que dio lugar a la relevante Sentencia Comisión c. España, de 28 de junio de 2022, Asunto C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503) que sirve de fundamento al prelegislador para acometer la reforma legislativa que se informa.

33.- La Sentencia del TJUE resulta clara al determinar la violación por parte de España del principio de efectividad en su regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea. Dicho incumplimiento se resume en los siguientes aspectos:

10) Sobre el requisito de la existencia de una declaración, por parte del Tribunal de Justicia, del carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma aplicada:

Dicha exigencia, que no es explícita, se desprende del artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, por cuanto esta disposición establece que la lesión debe ser consecuencia "de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión", en relación con el apartado 6 de ese mismo artículo y con el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la LPAC, que aluden a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia que declare que se ha infringido el Derecho de la Unión.

España argumenta que dicha exigencia solo se produciría en el específico caso regulado en el artículo 32.5 LRJSP y que vendría referido a una situación en la que no se haya producido un pronunciamiento de un tribunal nacional declarando la ilegalidad de un acto, actuación o inactividad del legislador nacional por incompatibilidad con el Derecho de la Unión, absteniéndose de su aplicación y, en su caso, otorgando la reparación necesaria como consecuencia de la anulación del acto, o de la actuación, o de la declaración de ilegalidad de la omisión, pues en ese supuesto no es necesaria una sentencia previa del Tribunal de Justicia que declare tal incompatibilidad.

El TJUE rechaza estos argumentos y determina en esta cuestión: «104. *Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que supeditar la reparación, por un Estado miembro, del daño que haya causado a un particular al infringir el Derecho de la Unión a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho de la Unión imputable a dicho Estado*



miembro es contrario al principio de efectividad de este Derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y 26/5/23, apartado 95). Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión imputable a un Estado miembro no puede estar subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción (sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, EU:C:2010:39, apartado 38 y jurisprudencia citada).

106. [...]En efecto, de la jurisprudencia citada en el apartado 104 de la presente sentencia se desprende que, en cualquier caso, la reparación del daño causado por un Estado miembro, incluso por el legislador nacional, como consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, sin vulnerar el principio de efectividad, a que se haya dictado con carácter previo una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trate o de la que resulte la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del acto u omisión origen del daño».

Y rechaza específicamente la argumentación de España, señalando que: «108. Ninguno de los procedimientos o cauces jurídicos invocados por el Reino de España en los apartados 95 y 96, o en los apartados 38 a 45, de la presente sentencia garantiza que un particular pueda, en todas las situaciones en las que una infracción del Derecho de la Unión debe ser objeto de reparación en virtud de la jurisprudencia mencionada en los apartados 30 y 31 de la presente sentencia, obtener una indemnización adecuada por los daños que le haya causado una infracción del Derecho de la Unión imputable al legislador nacional».

2º) Sobre el requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño:

El TJUE no considera que la existencia de este requisito, en sí mismo, sea una vulneración del principio de efectividad, toda vez que la persona perjudicada debe dar pruebas de haber adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, pero sí lo es el que no se prevea la posibilidad de que no exista una actividad



administrativa impugnabile, pues ello frustraría cualquier posibilidad de obtener una reparación:

«123. Pues bien, en materia de responsabilidad de un Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido 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. En efecto, según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola. En cambio, 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, EU:C:2009:178, apartados 60 a 62 y jurisprudencia citada, y de 4 de octubre de 2018, Kantarev, C-571/16, EU:C:2018:807, apartados 140 a 142 y jurisprudencia citada).

124. Por consiguiente, si bien el Derecho de la Unión no se opone a la aplicación de una norma nacional que establece que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, esto solo es posible siempre y cuando el ejercicio de dicha acción judicial no ocasione dificultades excesivas al perjudicado o cuando pueda razonablemente exigirse a este dicho ejercicio (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, EU:C:2009:178, apartado 69).

127. No obstante, es preciso hacer constar que, como alega la Comisión, cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar, la citada disposición hace imposible obtener una indemnización, ya que el particular perjudicado no puede, en tal caso, interponer ante un órgano jurisdiccional un recurso como el requerido. A este respecto, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada en el apartado 124 de la presente sentencia, se descarta que el particular perjudicado que se encuentre en tal situación esté obligado, mediante un comportamiento activo, a



provocar la adopción de un acto administrativo que pueda impugnar a continuación, ya que no cabría considerar en ningún caso que tal acto hubiese causado el daño alegado.

128. En consecuencia, el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015 es contrario al principio de efectividad, puesto que no prevé una excepción para los supuestos en los que el ejercicio de la acción que dicha disposición impone ocasione dificultades excesivas o no pueda exigirse razonablemente a la persona perjudicada, lo que ocurriría cuando el daño derive de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa impugnabile».

3º) Sobre el requisito de que el particular perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión en el marco del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.

Aunque el TJUE no considera que se produzca una vulneración del principio de efectividad sí matiza esta afirmación, al señalar que:

«144. Sin embargo, debe señalarse, a todos los efectos, que el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, desde la fase previa del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y que tiene por objeto evitar dicho daño o limitarlo, la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada, so pena de no poder obtener la indemnización del perjuicio sufrido, puede suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad. En efecto, en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia».

En definitiva, no puede exigírsele al particular que alegue en toda su extensión y exactitud la contrariedad al Derecho de la Unión, debiendo bastar una puesta de manifiesto del posible motivo de incompatibilidad, a fin de que el tribunal ordinario pueda examinar, valorar, y actuar en consecuencia.

4º) Sobre las disposiciones del artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, el plazo de prescripción y el *dies a quo*.

La conclusión del TJUE sobre esta disposición trae causa de lo dispuesto en el apartado 106 de la Sentencia, de tal forma que *«si la reparación del daño causado a un particular por el legislador nacional como*



consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, sin vulnerar el principio de efectividad, al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trate o de la que resulte la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del acto u omisión que haya originado el daño, la publicación de tal sentencia en el Diario Oficial tampoco puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción que tiene por objeto exigir la responsabilidad patrimonial de dicho legislador por las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables» (ap. 159).

5º) Sobre el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, y la limitación de la extensión de la reparación:

*«164.A este respecto, si bien, a falta de disposiciones del Derecho de la Unión en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar la cuantía de la reparación y las reglas relativas a la evaluación de los daños causados por una infracción del Derecho de la Unión, la normativa nacional que establezca los criterios que permitan determinar tal cuantía y las reglas mencionadas deben respetar, entre otros, el principio de efectividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de noviembre de 2010, *Fuß*, C-429/09, EU:C:2010:717, apartado 93 y jurisprudencia citada, y de 28 de julio de 2016, *Tomášová*, C-168/15, EU:C:2016:602, apartado 39). Así, el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones que la reparación de los daños causados a particulares por infracciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido (véanse las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 82, y de 29 de julio de 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, C-620/17, EU:C:2019:630, apartado 46), en el sentido de que debe permitir, en su caso, compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de agosto de 1993, *Marshall*, C-271/91, EU:C:1993:335, apartado 26, y de 15 de abril de 2021, *Braathens Regional Aviation*, C-30/19, EU:C:2021:269, apartado 49).*

166.En efecto, además de que la indemnización de un daño ocasionado por el legislador como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, en ningún caso, a la existencia de una sentencia de esa naturaleza, este requisito tiene como efecto —



teniendo en cuenta la duración del procedimiento al final del cual se dicta tal sentencia, esto es, un procedimiento por incumplimiento en el sentido del artículo 258 TFUE o un procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE— hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización. Además, la duración del procedimiento se ve incrementada con la aplicación del artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, al que se remite su artículo 34, apartado 1, que exige una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa que ocasionó el daño».

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES

34.- El objetivo del Anteproyecto que se informa es, de conformidad con la Exposición de motivos y la MAIN, revisar la legislación nacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneraciones del Derecho de la Unión sobre la base de lo declarado por el TJUE en Sentencia de 28 de junio de 2022 *«de forma que se configure un régimen de responsabilidad patrimonial que, siendo plenamente respetuoso con el principio de efectividad, resulte asimismo coherente con el resto del ordenamiento jurídico nacional».*

35.- Puede adelantarse en este punto que el mantenimiento de la estructura normativa actualmente vigente en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, parece haber pesado más en el ánimo del prelegislador que el desarrollo de una regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneraciones del Derecho de la Unión que, presidida por el principio de claridad jurídica, diese cumplimiento de forma completa y coherente a la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022, acogiese la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, por extensión, se adecuase correctamente al principio de efectividad.

36.- Señalado esto, y a efectos de claridad expositiva, se procede a analizar las modificaciones introducidas por el prelegislador en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, y 40/2015, de 1 de octubre, así como en la LJCA, siguiendo la estructura de la repetida Sentencia del TJUE:

- i. Sobre el requisito de la existencia de una declaración, por parte del Tribunal de Justicia, del carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma aplicada, para poder ejercer la acción de responsabilidad patrimonial.**



37.- Como se ha expuesto en las Consideraciones generales de este informe, el TJUE descarta que el procedimiento de responsabilidad patrimonial por vulneraciones del derecho de la Unión pueda basarse *exclusivamente* en una Sentencia de dicho Tribunal que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma aplicada.

38.- Pues bien, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936), entre otras, ya había advertido que, si bien el artículo 32.6 LRJSP parece condicionar la responsabilidad del Estado por los daños causados por leyes contrarias al Derecho de la UE a que una sentencia del TJUE haya declarado la infracción, también es cierto que *«no se impone esa exclusividad en el precepto de manera expresa y parece que al fijar el mencionado plazo, lo que hace el Legislador es acoger la hipótesis más normal»*, añadiendo que la infracción del Derecho de la Unión *«puede ser también declarada por los Tribunales nacionales, posibilidad que no es admisible en el supuesto de esta responsabilidad por una ley inconstitucional»*.

39.- Tras la Sentencia del TJUE, y como declara el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:769) y de 13 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:858): *«Se abre, por tanto, la posibilidad de que la declaración de incompatibilidad de la norma nacional con la norma comunitaria, realizada por un órgano judicial integrado en la jurisdicción ordinaria, no solo autorice a desplazar la aplicación de la norma nacional por el principio de primacía del Derecho de la Unión, sino también de que se funde en dicha declaración la eventualidad de una responsabilidad patrimonial de Estado legislador por los daños causados con los actos de aplicación de la norma desplazada»*.

40.- Ahora bien, recuerda el TS que *«Cuando contra la resolución de un órgano jurisdiccional no exista recurso judicial de Derecho interno, el órgano jurisdiccional tiene la obligación, en el caso de que se plantee ante él una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, de someter la cuestión al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero (sentencia de 15 de marzo de 2017, Aquino, C-3/16) y solo podrá ser dispensado de esa obligación cuando constate que la cuestión suscitada no es pertinente, que la disposición del Derecho de la Unión controvertida ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia o que la interpretación correcta del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros, 283/81, apartado 21; de 15 de septiembre de 2005,*



Intermodal Transports, C-495/03, apartado 33 , y de 4 de octubre de 2018 , Comisión/Francia (Retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario), C-416/17 , apartado 110). La exención de esta obligación también se extiende a aquellos casos en los que la cuestión es materialmente idéntica a una cuestión que ya ha sido objeto de una decisión con carácter prejudicial en un caso análogo o, a fortiori , en el marco del mismo asunto nacional, o cuando una jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia resuelva la cuestión de Derecho de que se trate, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia, incluso si no existe una estricta identidad de las cuestiones debatidas (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de marzo de 1963, Da Costa y otros, 28/62 a 30/62 ; de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros, 283/81, apartados 13 y 14; de 4 de noviembre de 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95 , apartado 29, y de 2 de abril de 2009 , Pedro IV Servicios, C-260/07 , apartado 36).

[...] Tan relevantes son estas obligaciones en relación con el planteamiento de la cuestión prejudicial que, como ya dijimos, nuestro Tribunal Constitucional lo ha convertido en un canon de control, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, respecto del ejercicio por parte de los órganos judiciales de la facultad de inaplicar una ley interna por su eventual contradicción con la normativa de la Unión Europea sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, STC 37/2019)».

41.- Estas consideraciones llevan al Tribunal Supremo a acoger la posibilidad general de que una declaración jurisdiccional de contrariedad al Derecho de la U.E. sea suficiente para accionar la responsabilidad patrimonial del Estado, pero bajo tres reservas. La primera de ellas es que, ante pronunciamientos contradictorios de los tribunales nacionales, debe estarse a la declaración de vulneración del Derecho de la Unión Europea que realice el Tribunal Supremo. Este monopolio se lo atribuye el Tribunal Supremo por «*elementales razones de seguridad jurídica*» y atendiendo al diseño del recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, que contempla en su regulación como motivo de interés casacional objetivo a los efectos de admisión del recurso, que la resolución que se impugne interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial. En este sentido, el Anteproyecto que se informa modifica en su Disposición final primera el diseño del recurso de casación contencioso-



administrativo (artículos 86 y siguientes de la LJCA), aquilatando la función nomofiláctica del TS en esta materia, como se verá en líneas posteriores, al permitir que todas las sentencias que declaren la contradicción de una norma nacional con el Derecho europeo sean recurribles en casación.

42.- La segunda reserva consiste en que debe tratarse de un pronunciamiento claro e inequívoco, sin que puedan admitirse pronunciamientos colaterales, introductorios u *obiter dicta* para fundar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En el mismo sentido, si se trata de un proceso ordinario seguido en única instancia ante el Tribunal Supremo, la declaración de incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea y la inaplicación de la norma nacional con rango de ley deben formar parte de la *ratio decidendi* de la sentencia de forma clara y precisa.

43.- Y, como se ha expuesto, tras recordar la jurisprudencia del TJUE desde la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982, el Tribunal Supremo sostiene que la declaración de que la norma nacional es incompatible con el Derecho de la Unión debe resultar evidente y no dejar lugar a ninguna duda razonable. Por tanto, *«a los efectos indicados será preciso examinar la argumentación en cada caso concreto de la sentencia o sentencias invocadas del Tribunal Supremo para justificar el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial»*.

44.- Ante los pronunciamientos del TJUE y del TS, en el Anteproyecto que se informa el prelegislador nacional opta por desdoblar el apartado 5 del artículo 32 de la Ley 40/2015, que establece los supuestos en los que procede la indemnización por daños que deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, dándole la siguiente redacción:

“1º. Que la declaración de la norma nacional como contraria al Derecho de la Unión Europea se haya efectuado por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Supremo.

Para que proceda la indemnización en este supuesto será necesario 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. No será necesario haber obtenido sentencia firme desestimatoria en aquellos supuestos en que no exista una actividad administrativa impugnada.

2º. Que el particular haya obtenido, en un proceso iniciado a su instancia ante cualquier órgano jurisdiccional nacional, sentencia estimatoria firme en la que se



declare que la norma nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea, siempre que no hubiera sido debidamente restablecido o indemnizado en el seno de dicho proceso”.

45.- Por tanto, la posibilidad de reclamar no se limita o se sujeta únicamente a la existencia de una Sentencia del TJUE que declara que una norma nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea. De un lado, además de la Sentencia del TJUE, se acoge la posibilidad de que sea el Tribunal Supremo quien declare dicha contrariedad a Derecho de la Unión -en línea con su propia jurisprudencia antes citada-.

46.- De otro lado, el prelegislador ha decidido recoger en el concreto sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador establecido en el artículo 32 LRJSP la facultad de los jueces nacionales de decidir de oficio en su labor interpretativa sobre compatibilidad o incompatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, en virtud del principio de primacía, al establecer el supuesto de la existencia de una sentencia estimatoria firme que declare la contrariedad al Derecho de la Unión. Esto es, en el marco de un procedimiento judicial ordinario -que habitualmente será contencioso-administrativo, pero no necesariamente, dadas las competencias de la jurisdicción civil para revisar ciertos actos de las Administraciones públicas- podrá estimarse la pretensión revisora del interesado, declarándose la contrariedad de la norma nacional al derecho de la U.E. Debe entenderse, toda vez que no se contempla en la redacción proyectada, que, en este caso, el interesado no está obligado a alegar dicha vulneración ni en las fases administrativas previas ni en su recurso, pudiendo ser el Tribunal quien estime que tal es la causa donde debe radicarse la estimación de la pretensión. Se trata, por tanto, de una incorporación específica al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador de la pretensión resarcitoria del artículo 31.2 de la LJCA, en relación con el 31.1 LCJA.

47.- Como se apuntaba anteriormente, y como señalaba el Tribunal Supremo en la jurisprudencia transcrita, si un tribunal ordinario cuya resolución no es susceptible de recurso dicta una sentencia que inaplica el derecho nacional por considerarlo contrario a la normativa europea y lo hace sin plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE, dicha decisión deberá basarse: i) en que la cuestión planteada ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia; o ii) en que la interpretación correcta del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable; o iii) en que es materialmente idéntica a una cuestión que ya ha sido objeto de una decisión con carácter prejudicial



en un caso análogo o, *a fortiori*, en el marco del mismo asunto nacional; o iv) en que hay jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que resuelve la cuestión de Derecho de que se trata. Y todo ello teniendo en cuenta que, en todo caso, dicha actuación está sujeta al canon de control de cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del Tribunal Constitucional.

48.- Ahora bien, todo lo anterior debe vincularse a la reforma que se introduce en el diseño del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la disposición final primera del Anteproyecto y que añade un nuevo párrafo 3 al artículo 86.1 LJCA: "En todo caso, *siempre* cabrá recurso de casación contra las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, *cuando dichas sentencias declaren la contradicción de una norma nacional con el derecho europeo*", legitimándose además para interponerlo "a la Administración competente para tramitar el expediente de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión" (artículo 89.1 LJCA proyectado) -cuestión sobre la que se volverá más adelante-.

49.- Tampoco debe olvidarse que por LO 7/2022 de 27 de julio se introdujo un nuevo apartado 4 en el artículo 477 LEC que establecía que "Serán recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en los recursos contra las resoluciones que agotan la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas", por lo que, independientemente de que dicho artículo presente problemas de interpretación -como ya ha señalado este CGPJ en su informe de 25 de mayo de 2023- al surgir la duda de si habilita un cauce de acceso a la casación autónomo, al margen del cauce del interés casacional, también en estos casos, una sentencia estimatoria de la Audiencia Provincial, en el orden civil, que pudiera contener una declaración de contrariedad de una norma nacional al Derecho de la Unión Europea sería recurrible ante el Tribunal Supremo en casación.

50.- La consecuencia directa de lo expuesto es que resulta difícil que en la práctica las sentencias estimatorias en estas instancias no lleguen al Tribunal Supremo, quien será finalmente el que emita el pronunciamiento definitivo sobre la contrariedad a Derecho de la U.E. de la norma en cuestión, sin



perjuicio de que deba valorarse positivamente la inclusión del supuesto 2º del artículo 32.5 proyectado, en la previsión -ciertamente de difícil virtualidad práctica- de la existencia de posibles sentencias estimatorias firmes en instancia, al no ser recurridas por la Administración.

51.- Cabe concluir que el diseño proyectado por el prelegislador vendría, a la postre, a recoger dos tipos de sentencias del Tribunal Supremo como presupuesto para accionar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de vulneración del Derecho de la Unión: las primeras (artículo 32.5 1º) serían aquellas que, sin ser parte del procedimiento en cuestión, servirían a todos los afectados, junto con una sentencia desestimatoria de su impugnación particular de la actuación administrativa -salvo la excepción en caso de inexistencia de acto administrativo impugnabile- para accionar tal responsabilidad, al ser resoluciones con eficacia *erga omnes*; las segundas (artículo 32.5 2º) serían aquellas en las que, siendo parte del proceso el propio interesado, obtendría una estimación de su impugnación frente al acto administrativo, lo que serviría para accionar, por sí solo, la citada responsabilidad patrimonial -exclusivamente para dicho interesado, al tratarse de resoluciones jurídicas con efectos *inter partem*-, salvo que en el marco de este proceso judicial ya se hubiera procedido a restablecerle o indemnizarle.

52.- No obstante, y como señala el TJUE en la repetida Sentencia de 28 de junio de 2022, el recurso del artículo 31.2 LJCA, que pudiera dar como resultado la sentencia estimatoria ahora recogida en el artículo 32.5 2º LRJSP proyectado: *«no está a disposición de los particulares, en el sentido de que no pueden usar esa vía para obtener una indemnización por un daño que, aunque tenga su origen en un acto u omisión del legislador nacional, no se haya materializado en un acto administrativo o cuando la solicitud de reconocimiento no pueda dar lugar a la adopción de tal acto administrativo sobre la base del artículo 31, apartado 2, de la Ley 29/1998»*. En definitiva, en los casos en que no exista una actividad administrativa que pudiera ser objeto de impugnación y dar como resultado una sentencia estimatoria que declarase la contrariedad de una norma al Derecho de la Unión Europea, la vía establecida en el artículo 32.5.2º para accionar la responsabilidad patrimonial no sería factible y solo cabría exigir, en su caso, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración del Derecho de la Unión a través del supuesto recogido en el artículo 32.5.1º.



ii. Sobre el requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.

53.- Al primero de los supuestos establecido en el artículo 32.5 LRJSP (Sentencia del TJUE o Sentencia del TS que declara la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión) se le anuda el requisito - proveniente de la regulación hoy vigente y exigible también en el caso de las leyes declaradas inconstitucionales- de la obtención, en cualquier instancia, de una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.

54.- Como se ha expuesto anteriormente, el TJUE no considera que esta exigencia en sí misma vulnere el principio de efectividad, pero sí concluye que la formulación legal actual es contraria a dicho principio, ya que no prevé una excepción para los supuestos en los que el ejercicio de la acción que dicha disposición impone ocasione dificultades excesivas o no pueda exigirse razonablemente a la persona perjudicada, lo que ocurriría cuando el daño derive de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa impugnada.

55.- Las Sentencias del TS de 28 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:676) y de 2 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:677), recuerdan su vez las Sentencias las STS de 21 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2917), de 19 de octubre de 2020 (ES:TS:2020:3391), de 10 de diciembre de 2020, (ECLI:ES:TS:2020:4115) y de 25 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:818)], las cuales «*si bien se refieren al supuesto, distinto, de responsabilidad del Estado derivada de la inconstitucionalidad de la ley, resultan de aplicación, mutatis mutandis, al que aquí nos ocupa de infracción del Derecho europeo al exigirse el mismo requisito en ambos supuestos*», señalando que: «*Dicha jurisprudencia no puede perderse de vista cuando se examina el alcance de la exigencia establecida en el art. 32.4 -haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada- ya que en dichas sentencias se describe la compleja posición jurídica en la que se encuentra el perjudicado a la hora de hacer valer su derecho frente a la lesión causada en razón de la inconstitucionalidad de la norma aplicada, en cuanto su valoración no se limita a cuestionar la legitimidad de la actuación administrativa ajustada a la norma aplicada y causante del daño cuya reparación pretende sino que, implica, superando la presunción de legalidad*



de la norma, la realización de un juicio o valoración de su constitucionalidad, que siempre entraña dificultades notables; y ello en un marco jurídico en el que el perjudicado no está legitimado para ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal competente para su conocimiento, que en la impugnación en vía administrativa no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y en la impugnación jurisdiccional se limita a solicitar su planteamiento ante el órgano jurisdiccional que está conociendo de la impugnación frente al acto administrativo, que es el competente para decidir al respecto. En esta situación, lo procedente es efectuar una interpretación amplia de la exigencia del art. 32.4 LRJSP en cuanto, como señalan las sentencias citadas, supone una limitación o cortapisa procedimental considerable que, además, se proyecta sobre el acto administrativo, siendo que el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica necesariamente dejar sin efecto el acto sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y evaluable que resulta indemnizable, derecho que nace y tiene su fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de la norma por el Tribunal Constitucional. Por ello, cuando el precepto se refiere a sentencia firme en cualquier instancia desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa, ha de entenderse que comprende todas aquellas formas de impugnación de dicha actuación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con la misma cuestionando su constitucionalidad y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional. Y que entre estas formas de impugnación se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño».

56.- A mayor abundamiento, en sus Sentencias de 12 de abril de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:1330) y de 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1873), el TS rechaza que sea posible la exigencia de este requisito cuando la responsabilidad patrimonial del Estado legislador deriva de una inactividad normativa del poder legislativo contraria, la inactividad u omisión misma, al Derecho de la Unión, sin que, por tanto, exista actividad administrativa susceptible de ser impugnada y añade que: *«Pero, además, en el supuesto de autos, en que hemos aceptado que la responsabilidad patrimonial del*



Estado Legislador puede derivar de la inactividad normativa del Legislador, obvio es que, 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 presente caso que se obtenga una declaración de que esa situación de anomia es contraía al Derecho de la Unión Europea, siendo evidente que la falta de regulación supone, primero, el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones impuestas por la Directiva 2001/29/CE y, segundo, la privación de facto del derecho a la compensación equitativa". Rechazamos, pues, la necesidad de tal exigencia, ya que, se insiste, la responsabilidad patrimonial deriva de la infracción, por el Reino de España, del Derecho de la Unión Europea. (esta doctrina se encuentra en la inicial».

57.- Además, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado en relación con la inexigibilidad del requisito de la impugnación previa de la (inexistente) actuación administrativa en el caso de la ley autoaplicativa. Así, la STS de 27 de octubre de 2020 (ES:TS:2020:3324) advierte que la regulación contenida en el artículo 32 LRJSP «*no ha contemplado el supuesto de leyes de carácter autoaplicativo que son declaradas inconstitucionales*» y, en particular, el caso en que «*la propia Ley genera un derecho en favor de los ciudadanos... y posteriormente esa ley es declarada inconstitucional, dejando ineficaz, por nulidad, el derecho que había originado*. El Tribunal señala que, en estos casos, el requisito de haber obtenido una sentencia firme desestimatoria contra la actuación administrativa que ocasionó el daño en aplicación de la ley inconstitucional y haber invocado su inconstitucionalidad es de imposible cumplimiento, pues aquí el daño no lo causó un acto administrativo. Además, no es razonable esperar que alguien impugne la aplicación de una ley que le favorece. Por todo ello, el Tribunal Supremo interpreta el referido precepto conforme con el principio de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE. Y concluye que «*en aquellos supuestos en los que... la declaración de inconstitucionalidad [o violación del Derecho de la UE] se predique de una norma con rango de ley de aplicación directa, sin previa actividad administrativa, y reconociendo derechos favorables a los ciudadanos, no pueden exigirse los requisitos del artículo 32.4º [o art. 32.5º LRJSP] por ser de imposible cumplimiento*».

58.- Pues bien, para incorporar plenamente en nuestro ordenamiento jurídico el principio de efectividad en este requisito procesal, la solución introducida por el prelegislador es añadir, a modo de coletilla final del primer supuesto



(Sentencia del TJUE o del TS, artículo 32.5.1º), que dicho requisito no será exigible en aquellos casos en que no exista una actividad administrativa impugnada. Esta formulación, desde el punto de vista de la claridad y la seguridad jurídica, debe reputarse insuficiente, pues no permite discernir qué supuestos deben considerarse incluidos en tal excepción, si vienen referidos exclusivamente a leyes autoaplicativas, o si viene ligado al hecho de que, ante una omisión del legislador nacional, no exista una norma contraria al Derecho de la U.E. ni una actividad administrativa basada en dicha norma - sin perjuicio de que, de otro lado, pudiera existir una actividad administrativa que hubiera denegado derechos a los particulares por no existir una norma nacional que haya traspuesto una Directiva europea, actuación que pudiera ser impugnada-. Tampoco el prelegislador traslada adecuadamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, como se ha expuesto, aun existiendo tal actividad administrativa impugnada, flexibiliza el grado de diligencia exigible al particular en su actividad impugnatoria. Sin perjuicio de que la MAIN sí hace referencia a que los perjuicios pudieran proceder *«de la omisión del legislador o de leyes autoaplicativas o se hubiesen originado por las autoliquidaciones tributarias presentadas por el propio perjudicado»*, sería conveniente una reformulación del precepto que le otorgase mayor claridad jurídica.

59.- Lo anteriormente expuesto debe vincularse, necesariamente, con el mantenimiento en la norma proyectada, sin matizaciones, de la exigencia de que en la actividad impugnatoria -tanto administrativa como contenciosa- "se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada". De un lado, y como señala el TS, difícil es que exista tal declaración si no existe norma, y de otro, el TJUE ha establecido, como se ha expuesto, que puede tratarse de una complicación procesal excesiva. Además, el Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936) declaró incidentalmente que esta invocación *«podrá hacerse en cualquiera de las instancias administrativas o jurisdiccionales que la impugnación comporta»*, añadiendo que *«nada impide que sea el mismo Tribunal o incluso el mismo órgano administrativo que conozca de las impugnaciones el que la suscite»*. Finalmente, la condición debería entenderse cumplida *«aunque fuera con argumentos jurídicos no exactamente coincidentes con los que sustentan la declaración de inconstitucionalidad»* (*mutais mutandi*, contrariedad al Derecho de la Unión). STS de 27 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS: 2022:3188).

60.- Por lo demás, el Anteproyecto mantiene los tres requisitos clásicos establecidos por el TJUE de los que nace la responsabilidad patrimonial que



se regula: 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.

iii. Sobre el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, y la limitación de la extensión de la reparación.

61.- El TJUE es claro al señalar que debe compensarse íntegramente de los perjuicios efectivamente sufridos, proporcionando una reparación adecuada y rechazar la limitación impuesta por la legislación vigente que circunscribe la reparación a los perjuicios producidos en los cinco años anteriores a la Sentencia que declara el incumplimiento de la Unión Europea.

62.- Para salvar tal objeción el prelegislador nacional modifica el artículo 34.1, párrafo segundo, dándole la siguiente redacción:

“En el supuesto de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en los términos que disponga la sentencia firme que declare la norma nacional contraria al Derecho de la Unión, sin que puedan verse afectadas situaciones jurídicas ya prescritas”.

63.- En sus alegaciones en este punto ante el TJUE, España invocaba los apartados 68 y 69 de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980), de los que se desprende que, no obstante la declaración de incompatibilidad con el Derecho de la Unión, es necesario respetar las situaciones jurídicas firmes (apartado 154) y que la jurisprudencia no establece que se deban indemnizar todos los daños relacionados con actuaciones ya prescritas, siendo desproporcionado exigir una indemnización de manera absoluta en el caso de leyes en vigor desde hace décadas. La reparación íntegra no es un principio absoluto y deben tenerse en cuenta las potenciales consecuencias para la Hacienda Pública (apartado 156). Señalaba también España que el sistema establecido en el artículo 32 apartado 5 y 6 LRJSP funcionaba como cierre del sistema, pudiendo obtenerse una reparación íntegra de los perjuicios causados mediante otras vías resarcitorias previstas en el ordenamiento jurídico español.

64.- Son estas consideraciones las que parecen presidir la reforma proyectada, donde, de un lado, y en primer lugar debe ponerse de manifiesto



el evidente exceso de competencia normativa, toda vez que entre las sentencias firmes que pueden declarar la contrariedad de la norma con el Derecho europeo se encuentran aquellas dictadas por el TJUE, al que se le impone, además, un límite *ex lege* a su pronunciamiento (“sin que puedan verse afectadas situaciones jurídicas ya prescritas”). De otro, no se alcanza a comprender exactamente los contornos de dicha limitación -que, correctamente formulada sí podría establecerse para los tribunales nacionales-. A tenor de las alegaciones hechas en el seno del procedimiento ante el TJUE, pareciera que el prelegislador pretende limitar nuevamente la extensión de la reparación, si bien la MAIN aclara que *«atendiendo a las exigencias del principio de seguridad jurídica, no podrán verse afectadas las situaciones jurídicas ya prescritas, en la medida en que la prescripción fuera el resultado de una actuación no diligente, por contraste con la del sujeto que ejercitó en tiempo las acciones que en Derecho le correspondían»*.

65.- Por tanto, debe entenderse que, en caso de existencia de una actividad administrativa impugnada, la impugnación de dicha actividad impide la prescripción de la situación jurídica. No obstante, ante leyes autoaplicativas u omisiones legislativas, el transcurso del tiempo (que podrá ser superior o inferior a los cinco años actualmente establecidos) antes de la existencia de una sentencia que declara la contrariedad a Derecho de la Unión Europea de una norma nacional que permita ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial puede, según los casos, producir la prescripción de la situación jurídica, haciendo inviable cualquier tipo de reparación, lo que supondría una vulneración del principio de efectividad.

66.- Resulta en este punto imprescindible traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación de cuándo debe considerarse que se ha producido el daño. Así, en Sentencia de 29 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4437), entre otras, señala que *«cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías para corregir o evitar la efectividad del perjuicio utilizadas por el interesado que, en este caso, se corresponde con la sentencia [...], que desestima el recurso de casación formulado frente a la resolución administrativa que rechazaba la revisión de oficio del acto administrativo perjudicial»*. Esta interpretación jurisprudencial permite que, al posponer la producción del daño a dicho momento, y no al del acto administrativo impugnado, sea posible adecuar la reparación de los perjuicios producidos al principio de efectividad, pero solo en los casos, como se ha señalado, en los que exista actividad administrativa impugnada, por lo



que sería conveniente que el prelegislador incorporase estos extremos en la regulación proyectada.

iv. Sobre las disposiciones del artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, el plazo de prescripción y el *dies a quo*.

67.- Toda vez que una Sentencia del TJUE declarando la contrariedad de una norma nacional con el Derecho de la Unión no «*puede constituir el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad*», (STJUE 28 de junio de 2022) y que el prelegislador establece ahora en el artículo 32.5 dos supuestos para accionar dicha responsabilidad -i) sentencia del TJUE/Sentencia del TS; ii) Sentencia estimatoria de un tribunal ordinario-el prelegislador modifica el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 para cohonestar el *dies a quo* con dichos supuestos, dándole la siguiente redacción:

“Cuando se trate de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, se producirá la prescripción del derecho a reclamar transcurrido un año desde que se haya publicado la sentencia del Tribunal Supremo o la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el supuesto del número 1º, contándose ese plazo desde la fecha de firmeza de la sentencia en el caso del número 2º”.

68.- Ello debe enlazarse, necesariamente, con el nuevo apartado 3 que se añade al artículo 107 de la LJCA, a través de la Disposición final primera, que dispone la obligación de publicación en el diario correspondiente de las sentencias que declaren la inaplicación de una norma del Derecho nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión. Ahora bien, toda vez que dicha disposición no se encuentra incorporada a la LEC, para el caso de sentencias estimatorias de las Audiencias Provinciales en el orden civil y que pudieran estar comprendidas en el supuesto 2º del artículo 32.5 de la Ley 40/2015, se prevé también como *dies a quo* la firmeza de las sentencias estimatorias incluidas en dicho supuesto 2º. Pareciera más razonable que la exigencia de publicación de aquellas sentencias que declaran la inaplicación de una norma del Derecho nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión se extendiera al orden jurisdiccional civil, pudiendo establecerse así, de manera unitaria y para todos los supuestos, el mismo *dies a quo*, esto es, la publicación de la sentencia concernida.

69.- Más allá de ello, el prelegislador parece haber olvidado que, aun cuando sea razonable la exigencia de un plazo de prescripción, su formulación no



puede vulnerar el principio de efectividad, y que, como establece reiterada jurisprudencia del TS, el plazo de prescripción de un año desde la publicación de la Sentencia (del TJUE o del TS, supuesto 1º del artículo 32. 5 proyectado) no debiera ser aplicado si se exige el requisito acumulativo de obtener una sentencia desestimatoria firme del recurso contra la actuación administrativa y dicha resolución judicial se dicta con posterioridad al transcurso de dicho año inicial. En estos casos, este plazo debe computarse no desde dicha publicación –como prevé el proyectado artículo 67.1. párrafo tercero–, sino desde que aquella sentencia desestimatoria adquirió firmeza, pues «*en otro caso, el derecho de resarcimiento quedaría ineficaz*» (STS de 18 de noviembre de 2020, ya citada, entre otras). En consecuencia, procedería que por parte del prelegislador se incorporase tal previsión en la regulación proyectada del artículo 67.1 de la Ley 39/2015.

v. Sobre la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

70.- Como se ha venido adelantando en líneas anteriores, el Anteproyecto introduce a través de la Disposición final primera una serie de modificaciones en la LCJA, en particular en el diseño del recurso de casación.

71.- En primer lugar, se añade un nuevo párrafo tercero al artículo 86.1, al que ya hemos hecho referencia, que establece: “En todo caso, siempre cabrá recurso de casación contra las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando dichas sentencias declaren la contradicción de una norma nacional con el derecho europeo”. Ello, como se ha señalado, conducirá, en un alto grado de certeza a que, a partir de la entrada en vigor de la reforma, sea infrecuente la existencia de sentencias firmes estimatorias en dichas instancias, más aún teniendo en cuenta las modificaciones que también se introducen en el artículo 88.3 y 89.1, y permitiendo que el Tribunal Supremo sea el que se pronuncie sobre la materia, como se indica en las citadas Sentencias de dicho Tribunal de 8 y 13 de marzo de 2023.

72.- Se introduce en el artículo 88.3 LJCA una nueva letra f) para recoger como presunción de la existencia del interés casacional objetivo el hecho de que “la resolución impugnada haya declarado que una norma con rango de ley aplicable al caso es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin haber planteado previamente cuestión prejudicial”, complementando así, como señala la Exposición de motivos, el apartado 88.2 f). Debe señalarse que el



prelegislador ha optado por reproducir en el texto de la Disposición final primera del APL el artículo 88.3 LJCA al completo, y, al hacerlo, parece haber olvidado la modificación introducida en su letra b) por el artículo 224 del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de la Palma y otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de las Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, modificación que entrará en vigor el 29 de julio de 2023, procediendo, en consecuencia, que se corrija tal discordancia.

73.- Pero de especial y específico interés resulta la adición de un segundo párrafo al artículo 89.1 LJCA, estableciendo: "En todo caso, la Administración competente para tramitar el expediente de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión en función del origen de la norma con rango de ley afectada, tendrá legitimación activa para recurrir en casación las sentencias dictadas en única o primera instancia que hayan declarado la contradicción entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión si se hubieran dictado en procedimientos en los que no haya sido parte y cuando de las referidas sentencias pudiera resultar responsabilidad patrimonial por vulneración del Derecho de la Unión".

74.- Nada se señala en la Exposición de motivos o en la MAIN sobre esta particular modificación, que debe ser objeto de crítica. Y ello porque se lleva a cabo un desdoblamiento de la personalidad jurídica de la Administración, de tal forma que estarían legitimadas para presentar el recurso de casación tanto la Administración que ha sido parte del procedimiento original, como la Administración competente para tramitar el expediente de responsabilidad patrimonial, por lo que no solo surge la duda de si podrán actuar ambas a la vez y bajo la misma representación procesal por parte de la Abogacía del Estado, sino que se instaura además una evidente desigualdad de armas en el proceso, donde el particular interesado, que habría obtenido una sentencia estimatoria a sus pretensiones en instancia, deberá enfrentarse en el recurso de casación a una administración desdoblada y, por ende, sobredimensionada. Resulta difícil determinar, en definitiva, que tal modificación proyectada camine en el sentido de incorporar plenamente el principio de efectividad en la regulación interna del derecho a obtener una



reparación por los perjuicios ocasionados por el Estado legislador al vulnerar el Derecho de la Unión Europea.

VI. CONCLUSIONES

a) De carácter general

i) Sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PRIMERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión es resultado de una construcción jurídica por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a través, inicialmente, de las Sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich* y otros, y de 5 de marzo de 1996, asunto "*Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland/ The Queen contra Secretary of State for Transport* (ex: parte: *Factortame Ltd* y otros)].

SEGUNDA.- Entiende en estas resoluciones el TJUE que en la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión es indiferente «*cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento, esto es, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al Poder legislativo, al Poder judicial o al Poder ejecutivo, pues la obligación de reparar el daño no puede depender de las normas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales*».

TERCERA.- No obstante, toda vez que no existe una regulación positiva de la materia en el Derecho de la Unión, incumbe a cada Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado (Sentencia de 4 de julio de 2000. *Haim II*. Asunto C-424/97). Eso sí, siempre bajos dos principios, el principio de equivalencia y el principio de efectividad. De conformidad con el primero, 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. Según el principio de efectividad no pueden articularse de manera tal que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (Sentencias de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, y de 4 de octubre de 2018, *Kantarev*).



ii) Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho de la Unión en el ordenamiento jurídico español.

CUARTA.- También en nuestro país la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador se construye jurisprudencialmente. La concreta jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad derivada de leyes que incurrieran en violación de los derechos a particulares reconocidos por el ordenamiento de la Unión Europea se inicia con la STS de 12 de junio de 2003.

QUINTA.- Este pronunciamiento fue matizado por las Sentencias de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 que rechazaban indemnizar los daños por leyes contrarias al Derecho comunitario cuando habían prescrito los plazos para ejercer las acciones de impugnación contra los actos dictados en su aplicación o cuando los interesados habían utilizado los correspondientes medios de impugnación, pero habían obtenido una resolución administrativa o judicial desestimatoria firme.

SEXTA.- Dicha jurisprudencia fue a su vez rectificada a partir de la conocida Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010, que entendió vulnerado el principio de equivalencia al exigirse dicho nexo causal en el caso de violación del derecho de la Unión y no de las normas declaradas inconstitucionales, rectificación que se recoge en la STS de 17 de septiembre de 2010.

SÉPTIMA.- Esta construcción y evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador tuvo su plasmación positiva en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Concretamente la regulación sustantiva o material de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas contrarias al Derecho de la Unión Europea se recoge en el Título Preliminar de la Ley 40/2015 (artículos 32, apartados 4, 5 y 6, y 34), mientras que los aspectos procedimentales o adjetivos se regulan en la Ley 39/2015.

OCTAVA.- Procede recordar que la LRJSP adoptó una solución que se aparta del criterio jurisprudencial que instaura la mencionada STS de 17 de septiembre de 2010, al imponer como requisito, tanto en los casos de responsabilidad patrimonial derivada de leyes declaradas inconstitucionales como de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, la obtención de una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa lesiva, lo que equivale a exigir el agotamiento de todas las vías de impugnación existentes.



NOVENA.- La LRJSP también estableció como requisitos comunes que i) sólo “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” (artículo 34.1, segundo párrafo LRJSP) y que ii) “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” (artículo 67.1, tercer párrafo LPAC).

iii) Sobre la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022.

DÉCIMA.- La Comisión Europea solicitó al Tribunal de Justicia que declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los principios de efectividad y de equivalencia al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, lo que dio lugar a la relevante Sentencia Comisión c. España, de 28 de junio de 2022, que sirve de fundamento al prelegislador para acometer la presente reforma legislativa.

UNDÉCIMA.- La Sentencia del TJUE resulta clara al determinar la violación por parte de España del principio de efectividad en su regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea. Dicho incumplimiento se resume en los siguientes aspectos:

1º) Requisito de la existencia de una declaración del TJUE del carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma aplicada:

El TJUE concluye que «106. [...] la reparación del daño causado por un Estado miembro, incluso por el legislador nacional, como consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, sin vulnerar el principio de efectividad, a que se haya dictado con carácter previo una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trate o de la que resulte la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del acto u omisión origen del daño».



2º) Requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño:

El TJUE no considera que la existencia de este requisito, en sí mismo, sea una vulneración del principio de efectividad, toda vez que la persona perjudicada debe dar pruebas de haber adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, pero sí lo es el que no se prevea la posibilidad de que no exista una actividad administrativa impugnabile, pues ello frustraría cualquier posibilidad de obtener una reparación. Así: *«127. No obstante, es preciso hacer constar que, como alega la Comisión, cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar, la citada disposición hace imposible obtener una indemnización, ya que el particular perjudicado no puede, en tal caso, interponer ante un órgano jurisdiccional un recurso como el requerido. A este respecto, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada en el apartado 124 de la presente sentencia, se descarta que el particular perjudicado que se encuentre en tal situación esté obligado, mediante un comportamiento activo, a provocar la adopción de un acto administrativo que pueda impugnar a continuación, ya que no cabría considerar en ningún caso que tal acto hubiese causado el daño alegado».*

3º) Requisito de que el particular perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión en el marco del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.

Aunque el TJUE no considera que este requisito suponga una vulneración del principio de efectividad sí matiza esta afirmación, al señalar que: *«144. Sin embargo, debe señalarse, a todos los efectos, que el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, desde la fase previa del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y que tiene por objeto evitar dicho daño o limitarlo, la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada, so pena de no poder obtener la indemnización del perjuicio sufrido, puede suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad. En efecto, en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia».*



4º) El plazo de prescripción y el *dies a quo*:

La conclusión del TJUE sobre el artículo 67.1 LPAC trae causa de lo dispuesto en el apartado 106 de la Sentencia, de tal forma que *«si la reparación del daño causado a un particular por el legislador nacional como consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, sin vulnerar el principio de efectividad, al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trate o de la que resulte la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del acto u omisión que haya originado el daño, la publicación de tal sentencia en el Diario Oficial tampoco puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción que tiene por objeto exigir la responsabilidad patrimonial de dicho legislador por las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables»* (ap. 159).

5º) La limitación de la extensión de la reparación:

En relación con el artículo 41.1 LRJSP el TJUE concluye que *«166.En efecto, además de que la indemnización de un daño ocasionado por el legislador como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, en ningún caso, a la existencia de una sentencia de esa naturaleza, este requisito tiene como efecto — teniendo en cuenta la duración del procedimiento al final del cual se dicta tal sentencia, esto es, un procedimiento por incumplimiento en el sentido del artículo 258 TFUE o un procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE— hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización. Además, la duración del procedimiento se ve incrementada con la aplicación del artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, al que se remite su artículo 34, apartado 1, que exige una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»*.

b) De carácter particular

DUODÉCIMA.- El mantenimiento de la estructura normativa actualmente vigente en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, parece haber pesado más en el ánimo del prelegislador que el desarrollo de una regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneraciones del Derecho de la Unión que, presidida por el principio de claridad jurídica, diese cumplimiento de forma completa y coherente a la Sentencia del TJUE de 28



de junio de 2022, acogiese la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, por extensión, se adecuase correctamente al principio de efectividad.

i) Sobre el requisito de la existencia de una declaración, por parte del Tribunal de Justicia, del carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma aplicada, para poder ejercer la acción de responsabilidad patrimonial.

DECIMOTERCERA.- Tras la Sentencia del TJUE, y como declara el TS en sus Sentencias de 8 de marzo de 2023 y de 13 de marzo de 2023: *«Se abre, por tanto, la posibilidad de que la declaración de incompatibilidad de la norma nacional con la norma comunitaria, realizada por un órgano judicial integrado en la jurisdicción ordinaria, no solo autorice a desplazar la aplicación de la norma nacional por el principio de primacía del Derecho de la Unión, sino también de que se funde en dicha declaración la eventualidad de una responsabilidad patrimonial de Estado legislador por los daños causados con los actos de aplicación de la norma desplazada.»*

DECIMOCUARTA.- El Tribunal Supremo acoge así la posibilidad general de que una declaración jurisdiccional de contrariedad al Derecho de la U.E. sea suficiente para accionar la responsabilidad patrimonial del Estado, pero bajo tres reservas. La primera de ellas es que, ante pronunciamientos contradictorios de los tribunales nacionales, debe estarse a la declaración de vulneración del Derecho de la Unión Europea que realice el Tribunal Supremo. Este monopolio se lo atribuye el Tribunal Supremo por *«elementales razones de seguridad jurídica»* y atendiendo al diseño del recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, que contempla en su regulación como motivo de interés casacional objetivo a los efectos de admisión del recurso, que la resolución que se impugne interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial. En este sentido, procede tener en cuenta que el Anteproyecto modifica en su Disposición final primera el diseño del recurso de casación contencioso-administrativo (artículos 86 y siguientes de la LJCA), aquilatando la función nomofiláctica del Tribunal Supremo en esta materia y permitiendo que todas las sentencias que declaren la contradicción de una norma nacional con el Derecho europeo sean recurribles en casación.

DECIMOQUINTA.- La segunda reserva consiste en que debe tratarse de un pronunciamiento claro e inequívoco, sin que puedan admitirse pronunciamientos colaterales, introductorios u *obiter dicta* para fundar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En el mismo



sentido, si se trata de un proceso ordinario seguido en única instancia ante el Tribunal Supremo, la declaración de incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea y la inaplicación de la norma nacional con rango de ley deben formar parte de la *ratio decidendi* de la sentencia de forma clara y precisa.

DECIMOSEXTA.- Y, finalmente, el Tribunal Supremo sostiene que la declaración de que la norma nacional es incompatible con el Derecho de la Unión debe resultar evidente y no dejar lugar a ninguna duda razonable. Por tanto, *«a los efectos indicados será preciso examinar la argumentación en cada caso concreto de la sentencia o sentencias invocadas del Tribunal Supremo para justificar el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial»*.

DECIMOSÉPTIMA.- Ante los pronunciamientos del TJUE y del TS, el prelegislador nacional opta por desdoblar el apartado 5 del artículo 32 de la LRJSP, que establece los supuestos en los que procede la indemnización por daños que deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Así, la posibilidad de reclamar no se limita o se sujeta únicamente a la existencia de una Sentencia del TJUE que declara que una norma nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea. De un lado, además de la Sentencia del TJUE, se acoge la posibilidad de que sea el Tribunal Supremo quien declare dicha contrariedad a Derecho de la Unión (artículo 32.5.1ª). De otro lado, el prelegislador ha decidido recoger en el concreto sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador establecido en el artículo 32 LRJSP la facultad de los jueces nacionales de decidir de oficio en su labor interpretativa sobre compatibilidad o incompatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, en virtud del principio de primacía, al establecer el supuesto de la existencia de una sentencia estimatoria firme que declare la contrariedad al Derecho de la Unión (artículo 32.5.2ª). Esto es, en el marco de un procedimiento judicial ordinario -que habitualmente será contencioso-administrativo, pero no necesariamente, dadas las competencias de la jurisdicción civil para revisar ciertos actos de las Administraciones públicas- podrá estimarse la pretensión del interesado, declarándose la contrariedad de la norma nacional al Derecho de la U.E. Debe entenderse, toda vez que no se contempla en la redacción proyectada, que, en este caso, el perjudicado no está obligado a alegar dicha vulneración ni en las fases administrativas previas ni en su recurso, pudiendo ser el Tribunal quien estime que tal es la causa donde debe radicarse la estimación de la pretensión. Se trata, por tanto, de una incorporación específica al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador de la pretensión resarcitoria del artículo 31.2 de la LJCA, en relación con el 31.1



LCJA.

DECIMOCTAVA.- Ahora bien, ello debe vincularse a la reforma que se introduce en el diseño del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa, y que añade un nuevo párrafo 3 al artículo 86.1 LJCA, posibilitando que siempre sean recurribles en casación las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, "cuando dichas sentencias declaren la contradicción de una norma nacional con el derecho europeo".

DECIMONOVENA.- La consecuencia directa de esta reforma es que resulta difícil que en la práctica las sentencias estimatorias en estas instancias no lleguen al Tribunal Supremo, quien será finalmente el que emita el pronunciamiento definitivo sobre la contrariedad a derecho de la U.E. de la norma en cuestión, sin perjuicio de que deba valorarse positivamente la inclusión del supuesto 2º del artículo 32.5 proyectado, en la previsión -ciertamente de difícil virtualidad práctica- de la existencia de posibles sentencias estimatorias firmes en instancia, si no son recurridas por la Administración.

VIGÉSIMA.- Cabe concluir que el diseño proyectado por el prelegislador vendría, a la postre, a recoger como presupuesto para accionar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de vulneración del Derecho de la Unión dos tipos de sentencias del Tribunal Supremo: Las primeras (artículo 32.5 1º LRJSP) serían aquellas que servirían a todos los afectados para, aun sin ser parte en el procedimiento, accionar tal responsabilidad, al ser resoluciones con eficacia *erga omnes*, si bien tendrían que estar necesariamente acompañadas -salvo excepciones- de una sentencia desestimatoria de la impugnación particular de cada interesado de la actuación administrativa concreta que le hubiera perjudicado; Las segundas (artículo 32.5 2º LRJSP) serían aquellas en las que el interesado, siendo el recurrente frente a un acto administrativo, obtiene una estimación judicial de tal impugnación, sentencias que servirían para accionar, por sí solas, la citada responsabilidad patrimonial, ahora bien, exclusivamente para dicho interesado o recurrente, al tratarse de resoluciones jurídicas con efectos *inter partem*, y salvo que en el marco de este concreto proceso judicial ya se hubiera procedido a restablecerle o indemnizarle, y, por tanto, ya se hubiera compensado el perjuicio sufrido.



VIGÉSIMOPRIMERA.- No obstante, y como señala el TJUE en la repetida Sentencia de 28 de junio de 2022, el recurso del artículo 31.2 LJCA, que pudiera dar como resultado la sentencia estimatoria ahora recogida en el artículo 32.5 2º LRJSP proyectado: *«no está a disposición de los particulares, en el sentido de que no pueden usar esa vía para obtener una indemnización por un daño que, aunque tenga su origen en un acto u omisión del legislador nacional, no se haya materializado en un acto administrativo o cuando la solicitud de reconocimiento no pueda dar lugar a la adopción de tal acto administrativo sobre la base del artículo 31, apartado 2, de la Ley 29/1998»*. En definitiva, en los casos en que no exista una actividad administrativa que pudiera ser objeto de impugnación y dar como resultado una sentencia estimatoria que declarase la contrariedad de una norma al Derecho de la Unión Europea, la vía establecida en el artículo 32.5.2º para accionar la responsabilidad patrimonial no sería factible y solo cabría exigir, en su caso, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración del Derecho de la Unión a través del supuesto recogido en el artículo 32. 5.1º.

ii) Sobre el requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.

VIGESIMOSEGUNDA.- Al primero de los supuestos establecido en el artículo 32.5 (sentencia del TJUE o Sentencia del TS que declara la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión) se le anuda el requisito de la obtención, en cualquier instancia, de una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño. Para incorporar plenamente en nuestro ordenamiento jurídico el principio de efectividad en este requisito procesal, la solución introducida por el prelegislador es añadir, a modo de coetilla final del primer supuesto (Sentencia del TJUE o del TS), que dicho requisito no será exigible en aquellos casos en que no exista una actividad administrativa impugnabile. Esta formulación, desde el punto de vista de la claridad y la seguridad jurídica, debe reputarse insuficiente, pues no permite discernir qué supuestos deben considerarse incluidos en tal excepción, si vienen referidos exclusivamente a leyes autoaplicativas, o si viene ligado al hecho de que, ante una omisión del legislador nacional, no exista una norma contraria al derecho de la U.E. ni una actividad administrativa basada en dicha norma.



VIGESIMOTERCERA.- Tampoco el prelegislador traslada adecuadamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ha expuesto en este informe y que, aun existiendo tal actividad administrativa impugnabile, flexibiliza el grado de diligencia exigible al particular en su actividad impugnatoria. Sin perjuicio de que la MAIN sí hace referencia a que los perjuicios pudieran proceder *«de la omisión del legislador o de leyes autoaplicativas o se hubiesen originado por las autoliquidaciones tributarias presentadas por el propio perjudicado»*, sería conveniente una reformulación del precepto que otorgue mayor claridad jurídica.

VIGESIMOCUARTA.- Se mantiene en la norma proyectada, sin matizaciones, la exigencia de que en la actividad impugnatoria -tanto administrativa como contenciosa- "se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada". De un lado, y como señala el TS, difícil es que exista tal declaración si no existe norma, y de otro, el TJUE ha establecido que puede tratarse de una complicación procesal excesiva. Por su parte, el Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 18 de noviembre de 2020 declaró incidentalmente que esta invocación *«podrá hacerse en cualquiera de las instancias administrativas o jurisdiccionales que la impugnación comporta»*, añadiendo que *«nada impide que sea el mismo Tribunal o incluso el mismo órgano administrativo que conozca de las impugnaciones el que la suscite»*. Además, como señala la STS de 27 de julio de 2022 la condición que debería entenderse cumplida *«aunque fuera con argumentos jurídicos no exactamente coincidentes con los que sustentan la declaración de inconstitucionalidad»* (*mutatis mutandi*, contrariedad al Derecho de la Unión).

iii) Sobre el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, y la limitación de la extensión de la reparación.

VIGESIMOQUINTA.- Debe concluirse que la reforma proyectada incurre en un evidente exceso de competencia normativa, toda vez que entre las sentencias firmes que pueden declarar la contrariedad de la norma con el Derecho europeo se encuentran aquellas dictadas por el TJUE, al que se le impone, además un límite *ex lege* a su pronunciamiento ("sin que puedan verse afectadas situaciones jurídicas ya prescritas"). De otro, no se alcanza a comprender exactamente los contornos de dicha limitación -que, correctamente formulada sí podría establecerse para los tribunales nacionales-. A tenor de las alegaciones hechas en el seno del procedimiento ante el TJUE, pareciera que el prelegislador pretende limitar nuevamente la extensión de la reparación, que parece que debiera interpretarse de



conformidad con lo señalado en la MAIN: *«atendiendo a las exigencias del principio de seguridad jurídica, no podrán verse afectadas las situaciones jurídicas ya prescritas, en la medida en que la prescripción fuera el resultado de una actuación no diligente, por contraste con la del sujeto que ejercitó en tiempo las acciones que en Derecho le correspondían».*

VIGESIMOSEXTA.- No puede pasarse por alto la interpretación jurisprudencial, plasmada en Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2021, entre otras, que señala: *«cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías para corregir o evitar la efectividad del perjuicio utilizadas por el interesado que, en este caso, se corresponde con la sentencia [...], que desestima el recurso de casación formulado frente a la resolución administrativa que rechazaba la revisión de oficio del acto administrativo perjudicial»*, pues permite que, al posponer la producción del daño a dicho momento, y no al del acto administrativo impugnado, sea posible adecuar la reparación de los perjuicios producidos al principio de efectividad, pero solo en los casos, como se ha señalado en los que exista actividad administrativa impugnada, por lo que sería conveniente que el prelegislador incorporase estos extremos en la regulación proyectada.

iv) Sobre las disposiciones del artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, el plazo de prescripción y el *dies a quo*.

VIGESIMOSÉPTIMA.- La modificación del artículo 67.1 de la Ley 39/2015 se lleva a cabo para coherencia el *dies a quo* con los supuestos establecidos en el artículo 32.5 LRJSP, y ello a su vez debe enlazarse con el nuevo apartado 3 que se añade al artículo 107 de la LJCA, que dispone la obligación de publicación en el diario correspondiente de las sentencias que declaren la inaplicación de una norma del Derecho nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión. Ahora bien, toda vez que dicha disposición no se encuentra incorporada a la LEC, para el caso de sentencias estimatorias de las Audiencias Provinciales en el orden civil y que pudieran estar comprendidas en el supuesto 2º del artículo 32.5 de la Ley 40/2015, se prevé también como *dies a quo* la firmeza de las sentencias estimatorias incluidas en dicho supuesto 2º. Pareciera más razonable que la exigencia de publicación de aquellas sentencias que declaren la inaplicación de una norma del Derecho nacional por considerarla contraria al Derecho de la Unión se extendiera al orden jurisdiccional civil, pudiendo establecerse así, de manera



unitaria y para todos los supuestos el mismo *dies a quo*, esto es, la publicación de sentencia concernida.

VIGESIMOCTAVA.- Más allá de ello, el prelegislador parece haber olvidado que, aun cuando sea razonable la exigencia de un plazo de prescripción, su formulación no puede vulnerar el principio de efectividad, y que, como establece reiterada jurisprudencia del TS, el plazo de prescripción de un año desde la publicación de la Sentencia (del TJUE o del TS, supuesto 1º del artículo 32. 5 proyectado) no debiera ser aplicado si se exige el requisito acumulativo de obtener una sentencia desestimatoria firme del recurso contra la actuación administrativa y dicha resolución judicial se dicta con posterioridad al transcurso de dicho año inicial. En estos casos, este plazo debe computarse no desde dicha publicación –como prevé el proyectado artículo 67.1. párrafo tercero LPAC–, sino desde que aquella sentencia desestimatoria adquirió firmeza, pues «*en otro caso, el derecho de resarcimiento quedaría ineficaz*» (STS de 18 de noviembre de 2020, entre otras), por lo que procedería que por parte del prelegislador se incorporase tal previsión en la regulación proyectada del artículo 67.1 de la Ley 39/2015.

v) Sobre la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

VIGESIMONOVENA.- Nada se señala en la Exposición de motivos o en la MAIN sobre esta particular modificación, que debe ser objeto de crítica. Y ello porque se lleva a cabo un desdoblamiento de la personalidad jurídica de la Administración, de tal forma que estarían legitimadas para presentar el recurso de casación tanto la Administración que ha sido parte del procedimiento original, como la Administración competente para tramitar el expediente de responsabilidad patrimonial, por lo que no solo surge la duda de si podrán actuar ambas a la vez y bajo la misma representación procesal por parte de la Abogacía del Estado, sino que se instaura además una evidente desigualdad de armas en el proceso, donde el particular interesado, que habría obtenido una sentencia estimatoria a sus pretensiones en instancia, deberá enfrentarse en el recurso de casación a una administración desdoblada y, por ende, sobredimensionada. Resulta difícil determinar, en definitiva, que tal modificación proyectada camine en el sentido de incorporar plenamente el principio de efectividad en la regulación interna del derecho a obtener una reparación por los perjuicios ocasionados por el Estado legislador al vulnerar el derecho de la Unión Europea.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Es todo lo que tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extendiendo y firmo la presente en Madrid, a 20 de julio de 2023.

José Luis de Benito y Benítez de Lugo
Secretario General
(firmado electrónicamente)