

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y LAS DEBILIDADES DEL SISTEMA (\*)

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Jaén

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. Requisitos sustantivos. La positivación de las exigencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A) El establecimiento inicial de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea como principio inherente al sistema del Tratado (1991). B) La construcción definitiva del principio e introducción de un nuevo requisito: infracción suficientemente caracterizada (1996) 2. Requisitos formales: de la no traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de vulneración del Derecho de la Unión Europea a la completa homologación entre ambos. 2.1. Primera etapa: no traslación del sistema de inconstitucionalidad a DUE. 2.1. Segunda etapa: Rectificación del TS de su propia doctrina y consecuente traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de anti-comunitariedad. 2.3. Tercera etapa: la reacción de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. 3. La imposibilidad o la excesiva dificultad que se instaura en la Ley 40/2015 para el ejercicio de la acción de responsabilidad: La vulneración del principio de efectividad. 4. El definitivo «aldabonazo» contra la responsabilidad patrimonial del legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea y la urgente necesidad de su reforma: La STJUE de 28 de junio de 2022. III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES. 1. El Tribunal Constitucional versus el Tribunal Supremo: la historia del largo desencuentro de sus doctrinas. 1. El excesivo rigor formal impuesto por la Ley 40/2015: Roma locuta, causa finita. 2. La ¿nueva? rectificación que diseña el Tribunal Supremo para aligerar la carga procesal exigida por la LRJSP de combatir el acto de aplicación con la posibilidad de hacerlo mediante la revisión de oficio. 3. Un supuesto no previsto por la Ley 40/2015: el caso de leyes autoaplicativas y la solución de la STS de 27 de octubre de 2020. IV. LA LLAMADA «TERCERA VÍA»: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR ACTOS LEGISLATIVOS DE NATURALEZA NO EXPROPIATORIAS DE DERECHOS. 1. ¿Una indemnización a cargo de las Administraciones? 2. Que no tengan el deber jurídico de soportar. 3. Cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. V. CONCLUSIONES.*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 30/09/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 06/12/2022.

Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho Civil» (SEJ-235) adscrito a los centros de investigación CIDES y CEIA3.

**RESUMEN:** La responsabilidad del legislador, en sus tres modalidades, se encuentra regulada en la Ley 40/2015, si bien los requisitos y condiciones que en ella se prevén distan mucho de ser acordes con los principios del Derecho comunitario, con los postulados constitucionales y con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este trabajo se trata de analizar y dar cuenta de las debilidades y carencias del sistema, sumándose así a la reivindicación de reforma que viene a postular la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022 y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**Palabras clave:** responsabilidad legislador; leyes inconstitucionales; leyes contrarias al derecho comunitario; leyes no expropiatorias de derechos.

**ABSTRACT:** *The three types of legislature's liability are regulated in the Law 40/2015, although the conditions and requirements are in breach with the Union Law, with the constitutional postulates and the repeated case-law of the Supreme Court. This paper analyzes the weakness and deficiencies of the system, in accordance with the claim to fulfil its obligations established by the Judgment of the Court of 28 June 2022 and the recent case-law of the Supreme Court.*

**Key words:** *Legislature's liability; unconstitutional laws; breach of eu law attributable to the national legislature; non-deprivative of rights laws.*

## I. INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación genérica de «responsabilidad del legislador» se dan cita distintas modalidades de leyes susceptibles de generar situaciones diversas que pueden resultar merecedoras de algún género de compensación: actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos —los que son expropiatorios generan derecho a indemnización conforme a esta figura y, por tanto, quedan fuera del ámbito de resarcimiento derivado de la responsabilidad patrimonial objeto de este estudio—, leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (TC) y leyes que resultan contrarias al Derecho de la Unión Europea (DUE), las que, a su vez, comprenden las siguientes situaciones: (a) los casos en que un Estado miembro incurre en un incumplimiento de sus obligaciones de transposición de la directivas europeas (b) los supuestos en que infringe normativa europea con efecto directo y (c) cuando comete vulneración del Derecho primario establecido en los Tratados.

El primero de los supuestos comenzó a regularse en la Ley 30/92 y, como es sabido, con su mismo tenor, ha sido recogido por la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP) en el art. 32.3. Los dos últimos han constituido una novedad en nuestra legislación y su evolución ha ido en paralelo pero con clamorosos desencuentros, propiciados por el fuego cruzado de una jurisprudencia del TC y del TS que no ha dejado de manejar con inseguridad unos argumentos que

ha ido cambiando y moldeando en distintas etapas perfectamente reconocibles en el tiempo, como vamos a ver.

Así pues, la falta de previsión normativa de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador desde que fuera aprobada la Constitución española (CE), no dejaba de resultar llamativa por su contraste con la regulación, más o menos pormenorizada, del instituto resarcitorio en las administraciones públicas y para el poder judicial, pues suponía el mantenimiento de una zona de inmunidad absolutamente contraria al mandato constitucional. En este sentido debe reconocerse el decidido avance del legislador al haber incorporado la previsión de su deber de resarcimiento al igual que corresponde al resto de los poderes públicos, si bien la regulación que contiene la LRJSP no puede calificarse de satisfactoria, pues prevé una serie de requisitos y condiciones que dificultan su ejercicio más allá de lo razonable y contrarían consolidados pronunciamientos jurisprudenciales y algunos principios esenciales del Derecho comunitario que urge corregir. Son las debilidades de un sistema que parece haber sido diseñado para que no pueda ser usado y que necesita ser reformado con prontitud para que sea acorde a la Constitución y a sus principios inspiradores.

## **II. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **1. Requisitos sustantivos. La positivación de las exigencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

#### **A) El establecimiento inicial de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea como principio inherente al sistema del Tratado (1991) (1)**

Es por todos sabido que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros con cargo al legislador por razón de los daños causados a los ciudadanos, ya sea por vulneración del DUE o ya sea por demora considerable en trasponer una Directiva al ordenamiento interno, no se encuentra contemplada en ningún precepto de los Tratados ni en norma alguna de Derecho derivado (2). Fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien, en la conocida Sentencia *Francovich*, vino a reconocerlo explícitamente al resolver un asunto en que, por inactividad, el Estado italiano frustró el goce de los derechos que la Directiva obligaba a incluir en los ordenamientos estatales en beneficio

---

(1) COBREROS MENDAZONA (2009: pp. 444 y ss. y 2006: pp. 315 a 339). Interesante también el trabajo de Álvarez Barbeito (2004: pp. 61 a 75).

(2) Para un análisis profundo y detallado *vid.* GUICHOT (2016: pp. 51 a 56).

de los trabajadores. Ante esta situación el TJUE se vio en la necesidad de salir al paso tanto de la protección del DUE para evitar que este se convirtiera en inoperante, como de la protección de los ciudadanos de la Unión para no convertir en ilusorio el disfrute de los derechos reconocidos por la normativa europea. Y lo hizo estableciendo el siguiente silogismo:

a) si, por un lado, «la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconoce se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro»;

b) y si, por otro lado, «la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el derecho comunitario»;

c) parece evidente que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado».

La Sentencia *Francovich* enuncia así el principio de responsabilidad patrimonial frente a los ciudadanos y lo hace de forma general y categórica con la consecuente indisponibilidad para los Estados, en el sentido de que estos no podrán suprimirlos ni adicionarles requisitos que los hagan ilusorios o inviables. Y bajo esta premisa la sentencia establece tres requisitos —necesarios y suficientes, según declara— para generar indemnización en beneficio del perjudicado:

«El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares (3).

---

(3) La STS de 10 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1023, rec. 9/2020), con cita de la STS de 12 de junio de 2003 (rec. 46/1999), aclaraba respecto de este requisito que «no supone otra cosa que el que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y por tanto indemnizable», y añade que: «ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios menos restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la

El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva.

El tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas».

Así, los requisitos materiales vienen determinados por el DUE y sobre ellos ningún reproche podrán alzar los Estados miembros, pero el ejercicio efectivo de la acción indemnizatoria de los particulares contra el Estado requiere de la aplicación de las reglas nacionales sobre responsabilidad patrimonial, impeorando, si fuere necesario, la tutela de los tribunales del país en cuestión, si bien apostilla el TS que «las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños *no pueden ser menos favorables* que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización» [§ 43]. (La cursiva es mía).

Este fue el primer enunciado que el TJUE formuló de los principios de equivalencia y de efectividad, sobre el que luego se volverá. Por virtud del primero, el régimen de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario no puede ser sometido a condiciones más severas que las que resultan de aplicación a las reclamaciones *semejantes* en el ámbito del país miembro. El problema es determinar cuál es esa reclamación que guarda semejanza, algo que en modo alguno es un *prius* sino el *punctum dolens* pues, pese a su aparente sencillez, nos coloca en el umbral de un campo sembrado de cuestiones no siempre fáciles de dilucidar (4) y que no podemos entrar aquí a resolver

---

responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico... En segundo lugar no cabe confundir la idea de “conferir derechos a los particulares” con la de “tener por objeto conferir derechos”, de modo que no ha de ser el objeto de la directiva la atribución de derechos a los particulares, sino que esa atribución de derechos ha de ser uno de los efectos de su adecuada transposición, de tal manera que si de las medidas que el Estado está obligado a tomar se deben derivar derechos para los particulares el requisito estará cumplido». En parecido sentido, la STS de 19 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1100; rec. 4777/2016).

(4) Así por ejemplo RUIZ LÓPEZ apunta las siguientes cuestiones: ¿es comparable la ubicación de la Ley en el sistema puramente interno de fuentes, a su ubicación en el sistema internormativo de fuentes resultante de la inserción del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito interno? ¿Es comparable la posición del legislador a la hora de desarrollar la Constitución con la que ostenta a la hora de ejecutar, en el plano interno, el Derecho comunitario derivado? O, por el contrario, en este último caso de ejecución del Derecho comunitario derivado, ¿el término de comparación no habría que buscarlo en la posición que, en el plano estrictamente interno, ocupa el Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la hora de concretar la voluntad del legislador? RUIZ LÓPEZ (2013: p. 26).

porque su análisis excedería el objeto de este estudio. Por virtud del segundo, la garantía del particular ha de ser efectiva y no ilusoria, para lo que no cabe aceptar el establecimiento de requisitos y condiciones excesivamente rigurosos o de imposible cumplimiento.

## **B) La construcción definitiva del principio e introducción de un nuevo requisito: infracción suficientemente caracterizada (1996)**

Casi al lustro de dictarse la Sentencia *Francovich*, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dicta un pronunciamiento que constituyó un auténtico referente, pues marcó un *antes* y un *después*, hasta el punto de que la LRJSP terminó positivizando sus exigencias junto con los requisitos introducidos en la Sentencia *Francovich*.

Me refiero a la conocida Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, en la que se incorporó a los tres anteriores el requisito de la *violación suficientemente caracterizada*, es decir, que la infracción cometida sea una ilegalidad cualificada, esto es, una violación *manifiesta y grave* —correspondiendo al accionante la carga de alegar y, además, razonar sobre tal extremo que cualifica la infracción normativa (STS de 3 de octubre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4487, Rec. 162/2015)— y no cualquier contravención del Derecho comunitario que no pasara tal umbral. No consiste, sin embargo, en incorporar la concurrencia de culpa, pues ello iría «más allá de la violación suficientemente caracterizada» e impondría, así, un requisito suplementario de tal naturaleza que «equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario» (STS 17 de noviembre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:6884, Rec. 488/2007).

Desde mi punto de vista, el requisito lo que hace es incorporar a este sistema de responsabilidad patrimonial el conocido «margen de tolerancia», que, como sabemos, no es más una especie de «margen de error» que la jurisprudencia viene concediendo a la Administración en los casos de aplicación de las potestades discrecionales, y que viene a restringir o limitar sus consecuencias indemnizatorias cuando, en la aplicación de una norma, después declarada contraria a Derecho (5), esta permitía una interpretación subjetiva

---

(5) La citada STS de 10 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1023, rec. 9/2020) afirma al respecto que: «la infracción tendrá el carácter de suficientemente caracterizada siempre que el Estado miembro no disponga de margen de apreciación, de modo que cuanto mayor sea este menor será el riesgo de que la infracción revista aquel carácter. Por el contrario, el riesgo será mayor cuanto más precisas sean las obligaciones impuestas por la norma comunitaria al Estado miembro. Por tanto, si la infracción de la norma es manifiesta, si la interpretación dada por el Estado miembro a la norma comunitaria es inaceptable por manifiestamente errónea, si la jurisprudencia del Tribunal ha aclarado situaciones análogas y

por el operador jurídico; un margen de tolerancia —o, en su caso, un margen de apreciación— que se traduce en que el particular tiene la obligación de soportar —sin derecho, por tanto, a resarcibilidad— las consecuencias dañosas de las actuaciones u omisiones que no han superado cierto nivel, ya sea de tolerancia, de error, o de apreciación, «razonado y razonable al interpretar la norma violada, mayor o menor, en función de la naturaleza y características de esta», como reconoce la STS de 17 de noviembre de 2016 (Rec. 196/2015).

En esta ocasión, con entera independencia del juicio que pueden merecer estas figuras, la dificultad se encuentra en determinar las circunstancias que permiten apreciar el margen de tolerancia o su homólogo (la violación suficientemente caracterizada). Por ejemplo, ¿la constituye la demora en la trasposición de una Directiva? El Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 2003 terminó por calificarla «grave *per se*» y que, por ello, merecía la consideración de *vulneración suficientemente caracterizada* generadora de responsabilidad, si bien mantuvo el criterio contrario en su sentencia de 30 de abril de 2004 (6).

Ante la evidente indeterminación del requisito, el propio TJUE consideró conveniente aportar algunos *elementos de clarificación* para que, llegado el caso en que los órganos jurisdiccionales estatales hayan de conocer de una reclamación de este tipo, puedan aplicar correctamente este presupuesto (7):

- a) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada,
- b) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales,
- c) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado,
- d) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de derecho y
- e) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión Europea hayan podido contribuir a la omisión, la adopción

---

por tanto el Estado miembro debía conocer el criterio del Tribunal y la interpretación correcta, es indudable que en estos casos la infracción será suficientemente caracterizada. Por el contrario cuando una norma pueda dar lugar a más de una interpretación conforme con el Derecho comunitario, cuando la norma resulta imprecisa y se ha actuado de buena fe por el Estado miembro, en estos casos no cabe hablar de infracción suficientemente caracterizada hábil para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado miembro». En parecido sentido, la STS de 19 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1100; rec. 4777/2016).

(6) La SAN de 7 de mayo de 2002 (asunto sobre multipropiedad) se pronunció a favor de la primera opción, al afirmar que el Estado español se retrasó en trasponer la Directiva 94/47, de 26 de octubre de 1994, sobre protección de adquirentes. Debía haberlo hecho en el plazo de 30 meses pero no lo hizo hasta la Ley 42/98, lo que generó daños que debían ser reparados por vía de responsabilidad patrimonial.

(7) *Vid.* IRANZO CEREZO (2020: pp. 201 a 226).

o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al derecho de la Unión.

En cualquier caso, según la *Sentencia Brasserie*, habrá una violación suficientemente caracterizada en los siguientes supuestos:

1º) cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia que declare la existencia del incumplimiento estatal (ex art. 260 TFUE);

2º) cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haber una sentencia prejudicial interpretativa de la que se deduzca el incumplimiento; y

3º) cuando existiera una jurisprudencia reiterada en la materia, de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento estatal en cuestión.

En la práctica esto supone que para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado no es precisa, de ninguna manera, la existencia previa de una STJUE que declare el incumplimiento ex art. 260 TFUE, lo que no es cuestión baladí, como tendremos ocasión de examinar.

## **2. Requisito formales: de la no traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de vulneración del Derecho de la Unión Europea a la completa homologación entre ambos**

Se impone reconocer que en esta materia el Tribunal Supremo ha venido manejando con cierta inseguridad sus argumentos, lo que ha determinado que su doctrina haya estado marcada por hitos o etapas perfectamente distinguibles por su contradicción, pues ha pasado de rechazar de forma firme y absoluta el traslado de los requisitos exigibles en los casos de inconstitucionalidad de las leyes a esta modalidad de responsabilidad hasta todo lo contrario.

### **A) Primera etapa: no traslación del sistema de inconstitucionalidad a DUE**

Desde un primer momento el Tribunal Supremo venía rechazando expresamente trasladar el sistema de responsabilidad estatal por ley inconstitucional al caso de la responsabilidad estatal por ley incompatible con el DUE (8) (así, la STS de 29 de enero de 2004, Rec. núm. 52/2002), argumento este que constituyó el mayor motivo de enconamiento con la doctrina del Tribunal Constitucional, que permanecía impertérrito en su conocida posición respecto del efecto *pro futuro* o prospectivo de sus sentencias (STC 45/1989). El resultado era insoslayable: no pueden ser revisadas las situaciones jurídicas consolidadas

---

(8) Para un análisis más detallado *vid.* GUICHOT (2016: pp. 76 a 79).



ya sean por haber sido decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o ya se trate de las derivadas de actuaciones administrativas firmes (9).

Así se reiteró posteriormente en tan elevado número de sentencias del TC que hacen ociosa su cita, lo que generó que los ciudadanos vieran desestimadas las pretensiones indemnizatorias que formulaban interesando resarcimiento por las consecuencias lesivas que entendían que les había generado una ley que posteriormente había sido declarada inconstitucional. El argumento del TC parecía incontestable: lo único que había hecho su sentencia era declarar la inconstitucionalidad de una determinada Ley, pero no la nulidad de las actuaciones realizadas en el pasado al amparo de dicha ley, pues ello equivaldría a otorgar efectos retroactivos, no prospectivos, a sus sentencias, lo que contravendría lo dispuesto en el art. 40 de su Ley orgánica, que dispone:

«Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

A efectos prácticos esto significaba que única y exclusivamente quien había instado en tiempo y forma la revisión del acto administrativo o, en el ámbito tributario, de una declaración-liquidación, podía aprovecharse del fallo declarativo de la inconstitucionalidad de la Ley correspondiente de la que aquellos constituyeron su concreta aplicación (10). Y, correlativamente, que quien no había recurrido vería cercenada tal posibilidad por no haber combatido —y, por tanto, haber consentido— tal actuación y sus efectos. Dicho de otra forma: el no haber utilizado la vía de «la tutela primaria», impugnando el acto cerraba el paso a la posibilidad de acudir a los tribunales para intentar la restitución de lo cumplido por mandato del acto administrativo ejecutor de la ley, después declarada inconstitucional (11).

En este «fuego cruzado» el TS abrió el camino para conseguir el efecto contrario, posibilitando y propiciando el ejercicio de la acción de responsabi-

---

(9) Los supuestos más frecuentes vienen siendo los pagos hechos en virtud de auto-liquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración.

(10) A favor se manifiesta SESMA SÁNCHEZ (2011: pp. 1436 y 1439).

(11) BELADÍEZ ROJO (1994: pp. 342 y ss.) considera que la lógica interpretación de los arts. 39 y 40.1 LOTE es que los mismos impiden la revisión de los actos que hayan sido objeto de un proceso cuya sentencia tenga el valor de cosa juzgada, salvo los supuestos enumerados en el mismo precepto.

lidad patrimonial derivada de un acto legislativo que hubiera sido declarado inconstitucional, al considerar que *la acción de nulidad y la acción de responsabilidad son diferentes*. Y así fue como, a partir del año 2000, el Supremo fue creando una doctrina jurisprudencial favorable a reconocer la responsabilidad patrimonial del legislador para reparar los daños que iba causando una ley desde que fue dictada, no desde que se declaró la inconstitucionalidad, y hasta que dejara de aplicarse. Y ello, sin necesidad de que el ciudadano afectado hubiera combatido, administrativa y judicialmente, los actos administrativos que se habían dictado en aplicación de esta (12). Fue así como se distinguía entre la impugnación del acto y la acción de responsabilidad, con la consecuente eliminación del requisito de impugnación previa de la actuación administrativa realizada al amparo de tal ley y sin que ello constituyera óbice ni impedimento para solicitar y alcanzar después el correspondiente resarcimiento por vía del ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, no actuó, sin embargo, el Tribunal Supremo con el mismo criterio benevolente cuando se enfrentaba a un supuesto de responsabilidad por vulneración del DUE por parte de una Ley interna. Y así, en sus SSTS de 29 de enero de 2004 (rec. 52/2002) y 24 de mayo de 2005 (rec. 73/2003), entre otras, declaró que no era aplicable a este supuesto la doctrina por él sustentada cuando lo que se había instado era que se declarase la responsabilidad patrimonial con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una Ley. El Tribunal Supremo, que no exigía impugnación del acto administrativo en los casos de inconstitucionalidad de una Ley, en los términos vistos, afirmaba lo contrario cuando ese mismo acto administrativo era contrario al Derecho de la Unión. En este último caso la falta de impugnación determinaba la imposibilidad de obtener resarcimiento pecuniario si con posterioridad se producía el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de Luxemburgo reconociendo la vulneración de dicha Ley con el DUE. Mantenía así una disparidad de criterio entre los supuestos de *inconstitucionalidad* y los supuestos de *anticomunitariedad*. Para obtener un posterior resarcimiento por vía de la responsabilidad patrimonial, en el primer supuesto no exige que el particular hubiera «combatido» la actuación administrativa y, en el segundo, sí. ¿Por qué? Sencillamente porque ambas situaciones no las consideraba «semejantes».

La diferencia la justificaba en el hecho de que, en los casos de vulneración del Derecho europeo, los ciudadanos tenían en sus manos una herramienta de la que no disponían en el caso de inconstitucionalidad: el poder invocar ante la Administración y ante los Tribunales la primacía del Derecho de la Unión

---

(12) SSTS de 29 de febrero (rec. 49/1998), de 13 de junio (rec. 567/1998), de 30 de septiembre (rec. 481/1998), de 27 de diciembre de 2000 (rec. 521/1998), 24 de enero de 2002 (rec. 221/1998), 22 de junio de 2004 (rec. 251/2002), 25 de enero de 2013 (rec. 750/2011), entre otras.

y, a su vez, la potestad de estos de inaplicar —que no de anular— por sí mismos cualquier acto nacional contrario al Derecho comunitario, incluidas las leyes. Eso, según el TS, no ocurre en el caso de las leyes inconstitucionales. Esta imposibilidad de reaccionar primariamente contra leyes inconstitucionales justifica que en este supuesto se pueda reclamar la indemnización de los daños derivados de la aplicación de actos firmes y consentidos e incluso sobre los que pesa el efecto de cosa juzgada, y hacerlo en el plazo de un año desde la publicación de la STC que declara la inconstitucionalidad. Es una forma de no hacer pechar al ciudadano con las consecuencias lesivas de una situación —el dictado de una Ley— que le resulta irresistible al no disponer, porque el ordenamiento no lo prevé, del instrumento necesario para combatirlo, pues carece de legitimación y carece de la acción correspondiente para impugnarla. Una Ley, cuyo efecto inherente no es otro que el deber de cumplirla en sus estrictos términos y de la que se presume su adecuación a la Constitución hasta que el TC diga lo contrario.

Para el TS no es esta la situación en la que se encuentra el ciudadano en los supuestos de vulneración del Derecho europeo, pues en este caso sí es titular de una acción para invocar ante los tribunales la contradicción entre el ordenamiento estatal y el Derecho de la Unión —según la conocida construcción del principio de la primacía aplicativa del derecho supranacional— y, por lo tanto, podía (y debía, tenía la carga de hacerlo) recurrir el acto de aplicación que considerara incumplidor del Derecho de la Unión.

Esta interpretación no fue recibida con favorable acogida porque sus consecuencias y efectos resultaban excesivamente dispares en comparación con las situaciones de inconstitucionalidad. Pese a la aparente solidez de su argumento, al Supremo le debió quedar «mala conciencia» e inmediatamente planteó al Tribunal de Justicia comunitario una cuestión prejudicial acerca de si esta forma suya de proceder, por la que daba distinto tratamiento y solución a uno y otro supuesto, era o no acorde a los principios de equivalencia y de efectividad (ATS de 1 de febrero de 2008, rec. 153/2007) (13).

## **B) Segunda etapa: Rectificación del TS de su propia doctrina y consecuente traslación del sistema de inconstitucionalidad al sistema de anticomunitariedad**

La respuesta llegó con la STJUE de 26 de enero de 2010 (TJCE 21/2010, C118/08, Transportes Urbanos). En ella se advirtió que la interpretación que estaba efectuando el Tribunal Supremo no era correcta, puesto que el *principio de equivalencia* exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos,

---

(13) Para mayor abundamiento, ALONSO GARCÍA (2009: pp. 175 a 188).

incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a las reclamaciones basadas en la violación del Derecho de la Unión y a las fundadas en la infracción del Derecho interno, por lo que concluyó con esta declaración: «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 art. 226 CE solo 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».

El concreto y escueto razonamiento de la Gran Sala es que, teniendo las dos reclamaciones «exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado» (aptdo. 36), la única diferencia que los separa consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (aptdo. 43) y esta diferencia «no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia» (aptdo. 44).

Ello motivó, como no podía ser de otra manera, que el Supremo volviera sobre su doctrina y procediera a su rectificación, en el sentido de exigir idénticos requisitos tanto cuando la reclamación encontrara su fundamento en la infracción de la Constitución como cuando era en la vulneración del Derecho de la Unión. En definitiva, al no haber necesidad de combatir la resolución afectada de inconstitucionalidad o de anticomunitariedad se optó por la más favorable de las dos opciones y fue así como para uno y otro caso dejó de exigirse la necesidad de combatir la actuación administrativa correspondiente para después solicitar resarcimiento por ella.

### **C) Tercera etapa: la reacción de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público**

El legislador de 2015 debió entrar en pánico y decidió cortar de raíz la más que probable avalancha de reclamaciones patrimoniales por mor del favorecedor criterio que acababa de inaugurarse. Por tanto, poco duró esta situación «expansiva», ya que se acabó normativamente con ella al promulgarse la Ley 39/2015 (LPAC) y, sobre todo, la LRJSP con un objetivo claro: restringir la extensión y amplitud que acababa de instaurar el Tribunal Supremo, aunque forzado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Ante tal situación el legislador de 2015 decide aplicar el principio de equivalencia (esta era la exigencia del TJUE) pero en el extremo opuesto: igualando ambos sistemas

(por inconstitucionalidad y por infracción del DUE) pero «por abajo», es decir, incorporando rigurosas exigencias procesales consistentes en: (a) exigir en ambos casos *haber utilizado los medios de impugnación procedentes frente a la actuación administrativa en la que* (b) *haber invocado la vulneración* (de la CE o del DUE) y (c) presentar la reclamación patrimonial en el plazo de un año a contar desde la sentencia que declare la inconstitucionalidad o la vulneración del Derecho comunitario. Una auténtica yincana para el ciudadano reclamante de responsabilidad y cuyo premio final solo prevé que la reparación resarza los daños producidos en los cinco años anteriores desde que es dictada la sentencia, no pudiendo alcanzar los efectos indemnizatorios a los daños producidos más allá de este periodo.

Adelanto ya mi desacuerdo puesto que, con independencia del juicio que merezca el diseño de tan restrictivos presupuestos procesales, el resultado mal se aviene con criterios de mínima justicia material, puesto que el ciudadano podría haber logrado cumplir con total solvencia y rigor todos ellos —interposición de recursos, invocación de inconstitucionalidad o vulneración del Derecho de la Unión, sentencia desestimatoria y posterior sentencia del TC o del TJUE declarando la inconstitucionalidad o anticomunitariedad— y, sin embargo, ver rechazada su pretensión indemnizatoria porque los daños se produjeron más allá de esos cinco años que establece la LRJSP en su art. 34.1, sin que ningún comportamiento procesal poco diligente pueda reprochársele al litigante ciudadano.

La reacción de la Unión Europea no se hizo esperar y decidió actuar ante tan desincentivadora regulación, iniciando procedimiento de infracción contra el Reino de España el 14 de junio de 2017 con el envío por parte de la Comisión de la correspondiente Carta de Emplazamiento y con el posterior Dictamen motivado que emitió el 26 de enero de 2018 (14) en que advertía que la regulación de la LRJSP suponía:

- a) De una parte, el establecimiento de condiciones menos favorables para la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión que la que deriva de la contravención de la Constitución (principio de equivalencia).
- b) De otra, implicaba articular un mecanismo que dificultaba excesivamente exigir la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario (principio de efectividad).

Tras las alegaciones al Dictamen por el Estado español, primero el 26 de marzo de 2018 y, de forma complementaria, el 21 de diciembre de 2018, finalmente la Comisión decidió recurrir al Tribunal comunitario. En efecto, esta

---

(14) Realizan un profuso análisis de este procedimiento PLASENCIA SÁNCHEZ y DE PEDRO MARÍN, en RECUERDA GIRELA (dir.) (2019: pp. 641 a 664).

exigencia establecida por dicha LRJSP respecto a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial basadas en la aplicación de una norma contraria al DUE es la que constituye el objeto directo e inmediato del ya mencionado recurso por incumplimiento (as. C-278/20) interpuesto el 24 de junio de 2020 por la Comisión Europea contra España, que finalmente ha prosperado en STJUE de 28 de junio de 2022 (15), la cual, como después se tendrá ocasión de analizar, no aprecia vulneración del principio de equivalencia pero sí del de efectividad, ya que exigir que el ciudadano haya recurrido en vía jurisdiccional y, además, que haya alegado la infracción del DUE, puede ser perfectamente entendido como un requisito que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho del ciudadano a obtener el resarcimiento patrimonial pretendido.

### **3. La imposibilidad o la excesiva dificultad que se instaura en la Ley 40/2015 para el ejercicio de la acción de responsabilidad: La vulneración del principio de efectividad**

Como acaba de razonarse, la LRJSP ha previsto las mismas exigencias procedimentales para ambos casos. Rigurosas todas ellas y con dudoso acomodo al principio de igualdad, sí, pero las mismas para ambos casos. Obviamente esta igualación excluye que pueda alzarse cualquier reproche por vulneración del principio de equivalencia. Pero, ¿es acorde con el principio de efectividad?

Recordemos que el principio de efectividad aparece configurado del TJUE como una exigencia indisponible para los Estados (SSTJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, ap. 58; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, ap. 123; y de 20 de octubre de 2011, Danfoss, C-94/2010, ap. 33), de tal forma que, según la STJUE de 13 de marzo de 2007 (C-524/04), estos asumen el deber de poner a disposición de los ciudadanos un «recurso efectivo» a través del cual resulte posible articular válidamente sus pretensiones resarcitorias, pues «a falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables».

Con carácter general estas reclamaciones se efectuarán, en principio, en función de los requisitos de fondo y de forma establecidos por las distintas legislaciones nacionales reguladoras de la materia y, no existiendo un mecanismo interno, son los jueces y tribunales nacionales los encargados de velar por la primacía del Derecho comunitario y arbitrar la solución que resulte

---

(15) FERNÁNDEZ FARRERES analiza esta sentencia desde una visión crítica en un sugerente estudio reciente (2022).

procedente a la pretensión resarcitoria que por su vulneración resulte. El efecto negativo de esta obligación que impone el TJUE de que sean los Estados miembros los encargados de fijar las condiciones de ejercicio de la acción de responsabilidad es que esta diversidad conduce necesariamente, como señala JANER TORRENS (16), a una falta de aplicación uniforme del principio de responsabilidad extracontractual. La única exigencia es que tales requisitos de fondo y de forma no resulten menos favorables que aquellos otros que se exigen a reclamaciones similares del Derecho interno, ni pueden hacer imposible o extremadamente dificultoso en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Nada de esto parece cumplirse en los arts. 32.5 y 34.1.2º LRJSP. Tales preceptos incurren en una *mímesis* (17) con la responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad diseñada en el art. 32.4 LRJSP que puede calificarse de gravemente errónea, pues pone de manifiesto su desconocimiento del sistema de aplicación judicial del Derecho de la Unión al introducir unas reglas procedimentales muy poco coherentes con él y que olvidan otras casi elementales:

**a) «Haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»**

La LRJSP parte de una premisa errónea —al menos, así se deduce de la literalidad del art. 32.5—: que para que se produzca el supuesto de responsabilidad del Estado legislador en caso de infracción del Derecho de la Unión se precisa sentencia del TJUE que así la declare. Obviamente, puede producirse este supuesto, pero no es condición *sine qua non* porque ni es imprescindible ni se requiere en todos los casos.

Como ha resaltado con razón la doctrina, es por ello por lo que en caso de vulneración del DUE se aprecia cómo el particular, desde el punto de vista procesal, está en mejor situación jurídica que cuando se trata de denunciar la inconstitucionalidad de una ley. Como es bien sabido, los particulares no necesitan acudir al juez nacional para que este inste la cuestión prejudicial ante el TJUE ni tampoco sentencia de este Tribunal para obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad de la norma por vulneración del DUE, que puede provenir perfectamente del juez nacional (18), lo que procede no

(16) JANER TORRENS (2002: p. 103).

(17) GUICHOT (2016: p. 99).

(18) La STS de 20 de septiembre de 1996 (10628/1991) recuerda los siguientes principios a cumplir por los jueces nacionales: «a) el Juez nacional es garante no solo de los principios estructurales básicos del derecho comunitario que representan su efecto directo y su primacía, sino también, desde su posición de órgano cuyas decisiones crean jurisprudencia, de la unidad de aplicación del Derecho comunitario; b) las cuestiones prejudiciales de interpretación y de validez aparecen, a veces, vinculadas, ya que pueden formularse

solo en los casos de que esta vulneración tenga su origen en una «acción» del Estado miembro sino también, y muy especialmente, como reconoció la STS de 26 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2143, Rec. 352/2019), cuando sea debida a «ausencia de transposición» de la norma europea, o de «transposición parcial o insuficiente» o por «la falta de la adopción de las medidas de adaptación del Derecho nacional a una directiva para alcanzar el resultado prescrito en ella».

Esta circunstancia no es nueva, pues hace más de dos décadas lo había dicho con una claridad prístina el Tribunal comunitario. Así, la STJCE de 5 de marzo de 1996 (TJCE 1996, 37), *Factortame* y *Brasserie du Pêcheur* (C-46/93 y 48/93), reconoció que:

«los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar en contra de un Estado miembro ni de que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento».

Por ello, el TJUE insiste en que la responsabilidad patrimonial no está condicionada a un previo pronunciamiento suyo que declare la incompatibilidad de la ley nacional con el DUE, pues este goza de primacía y efecto directo, lo que lo hace innecesario. Así, la STJUE de 26 de enero de 2010 declaró que:

«la reparación del daño no está subordinada al requisito de la sentencia del TJUE que declare con carácter prejudicial la existencia de tal infracción».

Y, en igual sentido se expresó la STS de 8 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5888, Rec. 689/2009):

«no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado».

Siendo así, el juez nacional puede pronunciarse sobre la ilegalidad de la norma por vulneración de aquel, y:

---

conjuntamente y, con frecuencia, el examen de la validez de un acto o norma comunitaria plantea un problema previo de interpretación; c) la cuestión de validez no puede suscitarse en relación con los propios Tratados constitutivos o Derecho comunitario originario; y d) en el supuesto de impugnación de la validez de un acto o norma comunitaria derivada, el órgano jurisdiccional nacional “no tiene facultad de declarar su invalidez” (STJCE 22 octubre 1987, Foto Frost, 341/1985), o, en otras palabras, tiene competencia para desestimar las objeciones que se formulen contra su validez, pero, por el contrario, no la tiene para apreciar y declarar su invalidez, sin acudir a un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».



1. Si el resultado de este juicio es la anticomunitariedad de la disposición cuestionada podrá declararla inaplicable, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión y sea cual sea el rango que tenga la norma nacional (STC 145/2012 y SSTJUE de 9 de marzo de 1978, as. Simmental, 106/77, rec. p 629, ap. 24; de 22 de junio de 2010, as. Melki y Abdeli, C-199/10 y C-189/10, rec. p. I-5667, ap. 43; y de 5 de octubre de 2010, as. Elchinov, C-173/09, ap. 31), e incluso puede reconocer la responsabilidad patrimonial (19) si ha sido solicitada y concurren los requisitos para ello (daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o un grupo de personas). Debe recordarse, no obstante, que el juez tiene potestad para inaplicar la norma contraria al DUE pero no para anularla.
2. Si el resultado de este juicio es la conformidad de la disposición cuestionada, el particular podrá instar que el juez nacional promueva el planteamiento de la cuestión prejudicial (20).

Tal es la relevancia de los principios de primacía y efecto directo del DUE que los tribunales no son los únicos que tienen la competencia y potestad para velar por ellos, pues esta obligación alcanza a *todos los poderes públicos*, y, por tanto, la Administración (incluidos los organismos reguladores), si bien no está habilitada para plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, puede —debe— inaplicar la norma vulneradora del DUE (STJUE de 22 de junio de 1989, as. Costanzo, 103/88, rec. p. 1839, ap. 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003,

---

(19) ALONSO GARCÍA (2009: pp. 203 a 223).

(20) Podrá solicitarla el particular pero su planteamiento ante el TJUE corresponde al discrecional criterio del juez nacional (art. 267 TFUE), quien debe apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al TJUE. Ahora bien, cesa la obligación de plantear la cuestión cuando la Sala puede resolver por sí mismo coherentemente el problema de interpretación y/o de validez suscitados en relación con la norma comunitaria (STS de 20 de septiembre de 1996) (rec. 10628/1991).

La finalidad e importancia del planteamiento de la cuestión prejudicial y la sentencia que la resuelve fue resaltada por el Tribunal Supremo en su sentencia 17 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6884; rec. 488/2007): «la Comunidad Europea, como comunidad de derecho que es, necesita que sus normas se apliquen de forma uniforme en todos los Estados miembros y es, precisamente, la cuestión prejudicial, y la sentencia que la responde, el instrumento procesal idóneo para conseguir una interpretación y una aplicación uniforme de las normas comunitarias por parte de los tribunales nacionales, a los que corresponde, como jueces comunitarios, la aplicación en los correspondientes procesos del ordenamiento jurídico comunitario, y esa interpretación y aplicación uniforme solo podrá conseguirse proporcionando a las sentencias del Tribunal de Justicia el carácter de vinculantes pues de otro modo esa finalidad esencial del mecanismo prejudicial quedaría frustrada. Abundan en los criterios anteriores evidentes razones de seguridad jurídica pues la aplicación dispar de una misma norma comunitaria en diferentes Estados miembros pondría en cuestión la propia construcción y funcionamiento de la Unión Europea».

as. CIF, C-198/01, rec. p. I-8055, ap. 50) o bien, si procede y es posible, otorgarle una interpretación conforme al Derecho de la Unión.

Así viene a afirmarlo la STS de 16 de noviembre de 2021 (núm. 1336/2021), que, rechazando el paralelismo que había mantenido la parte actora entre la situación de inconstitucionalidad y anticomunitariedad, sostuvo la inutilidad del recurso administrativo —y, por tanto, también de la reclamación económico-administrativa— para lograr una declaración de inconstitucionalidad y aprovechó para dejar hechas dos consideraciones de interés. En primer lugar, que corresponde a la Administración la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, llegado el caso, inaplicar la norma interna contraria al mismo. La segunda consideración es que la Administración (y, por tanto, los tribunales económico-administrativos) no son órganos judiciales, por lo que no les corresponde el planteamiento de una cuestión prejudicial, lo que no empece para *ser garantes* de la primacía y eficacia plena del Derecho de la Unión, pues ello «no les exime de la obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión Europea al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resultan contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, ya que esa obligación recae sobre el conjunto de autoridades nacionales competentes y no solamente sobre las autoridades judiciales».

No menos significativa es la STS 1016/2020, de 16 de junio, que tras reconocer la conexión entre el Derecho interno y el de la Unión Europea y reflexionar sobre el tratamiento que merecen los actos dictados en virtud de leyes que contravienen este último, termina afirmando que «el centro de atención del proceso sitúa el problema en la efectividad material de los instrumentos que nuestro ordenamiento interno ofrece para que el Derecho de la Unión alcance materialmente su primacía, *sin trabas ni obstáculos*». Y reconoce que nuestro sistema impugnatorio es excesivamente rígido a la hora de ofrecer a los ciudadanos una vía adecuada y amplia para restablecer el derecho infringido ante una manifestación clara y patente del Derecho de la Unión, afirmando, con cita de la STJUE de 13 de enero de 2004 (as. C-453/00, Kühne & Heitz NV) que «si el principio de cosa juzgada no opera como límite infranqueable para la aplicación del derecho de la Unión Europea, porque se predica esta incluso de las sentencias firmes, con mayor medida habrá de ser aplicada, en virtud del principio de efectividad, para los casos de la mal llamada firmeza administrativa» (21).

---

(21) CALVO VÉRGER, BIB 2017\1704: La obligación que asume el juez nacional de descartar la aplicación de una legislación nacional que hubiese establecido un tributo contrario al ordenamiento comunitario ha de conducirlo, en principio, a declarar la procedencia de las solicitudes de devolución del tributo de que se trate. Véase, a este respecto, lo declarado en la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 1998 (TJCE 1998, 251) (C-10/97 a C-22/97).

Por esta razón, no es de fácil comprensión que la LRJSP haya hecho oídos sordos a tan consolidada jurisprudencia, nacional y europea, careciendo de sentido que, contrariamente a ella, haya hecho depender el derecho a la indemnización de una sentencia comunitaria que declare la infracción y, para mayor dificultad en orden a obtener el resarcimiento, limitar después su eficacia en el tiempo a los cinco años de su publicación. Después se volverá sobre esta cuestión.

Por tanto, entiendo que la LRJSP contiene una visión parcial —y, por tanto, incorrecta— del asunto, pues el pronunciamiento que exige con carácter general solo se produce en los dos siguientes casos:

- Cuando el TJUE declara la existencia de la vulneración al DUE a través del *recurso por incumplimiento instado por la Comisión* (arts. 258 y 259 TFUE).
- A partir del *planteamiento de un cuestión prejudicial interpretativa* por parte de un órgano jurisdiccional nacional ante el TJUE (art. 267 TFUE), de la que resulte la incompatibilidad (o no) de una norma nacional con el DUE.

Es obvio que en ambos casos se facilita extraordinariamente el juicio que merece el grado de cumplimiento o la infracción del Derecho de la Unión y se elimina la incerteza sobre el cómputo del plazo de prescripción, cuyo inicio cuenta en estos casos con una fecha clara, la de dicho pronunciamiento o la de su publicación, si bien con posibilidades de interrupción mediante el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, tal y como declaró la STS 14 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4328).

Por esta razón, porque el pronunciamiento del TJUE no es la única vía que permite al particular solicitar después resarcimiento al legislador nacional por los daños que provocó sus actos legislativos contrarios al DUE, la LRJSP no debió haberlo previsto como un requisito exigible: ni en todo caso, ni con carácter general.

No menos clamorosa es la desconsideración que manifiesta de un supuesto que no constituye ninguna excepcionalidad, como es la existencia de *normativa comunitaria autoaplicativa*, no necesitada de actuación administrativa intermedia y, por tanto, en donde resulta imposible su impugnación y, por ende, la obtención de un ulterior pronunciamiento al respecto, lo que se opone a la máxima *ad impossibilia nemo tenetur* (a nadie se le puede exigir una obligación de imposible cumplimiento).

Así lo ha dejado declarado la STJUE de 28 de junio de 2022: en tal caso este requisito «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». Y, sigue afirmando, que la situación no es

infrecuente (como alegó el Reino de España) ya que las obligaciones específicas que incumben a los legisladores nacionales en materia de transposición del Derecho de la UE al Derecho nacional es una actividad que causa daños directamente a los particulares.

En consecuencia, esta exclusión de la revisión de los actos firmes incurridos en violación del DUE, derivación necesaria de la restrictiva previsión del art. 32.5 LRJSP, constituye una inaceptable limitación del principio de responsabilidad de los Estados que pudiera dar lugar a una transgresión del principio de efectividad al generalizar para todos los casos en que ese ejercite la acción de responsabilidad por daños que hayan resultado consecuencia de la infracción del DUE la previa declaración de tal infracción por parte del TJUE.

**b) 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***

Si el control de conformidad de la ley con el DUE corresponde a todos los tribunales nacionales que tengan que decidir un asunto en que se plantee el conflicto (como también corresponde al resto de los poderes públicos) y si no es imprescindible, sino solo posible, el pronunciamiento judicial del TJUE sobre el incumplimiento, el plazo de prescripción para formular la reclamación patrimonial debe comenzar a computar cuando se produzca o cuando se manifiesta el perjuicio y no desde una sentencia que el sistema no exige. Debería entonces corregirse el art. 67.1 LPAC incorporando un tratamiento separado de ambos supuestos: desde la sentencia para que el caso en que esta haya tenido lugar y desde la producción del daño en caso contrario.

**c) Los daños indemnizables son los 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»**

Esta regla no solo no encuentra su fundamento ni su razón de ser en la jurisprudencia europea, sino que es contraria a su continua reiteración de reconocimiento del ejercicio *sin cortapisas ni límites temporales* de la acción de responsabilidad del Estado por incumplimiento del DUE. En consecuencia, contra este requisito cabe alzar los siguientes reproches:

1) Esta limitación temporal que introduce la LRJSP se opone al principio general del Derecho comunitario que impone al Estado miembro la obligación de responder de los perjuicios causados al ciudadano por la incorrecta aplicación del DUE, lo que, a su vez, es una derivación directa de su primacía y de la necesidad de garantizar una aplicación uniforme del mismo en todos los países miembros.

2) Esta limitación temporal se opone a la aplicación retrospectiva y, por tanto, a los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de disposiciones generales. Son varios y destacables por su rotundidad los pronunciamientos que, desde antiguo, viene declarando el TJUE en este sentido: Por una parte, la STJUE de 14 de diciembre de 1982 (22) (asunto 314-316/81 y 83/82), recordada después por el propio TC en sentencia 145/2012, de 2 de julio, en la que se dejó afirmado:

«La naturaleza declarativa de las sentencias del TJUE que resuelven recursos por incumplimiento no afecta a su fuerza ejecutiva ni empece sus efectos *ex tunc*. (...) una consolidada jurisprudencia abunda en la obligación de garantizar que dichas sentencias se lleven a efectos incluso eliminando las consecuencias pasadas del incumplimiento (STJUE del 13 de julio de 1972, asunto contra Italia 48/71)».

Como declaró la STJCE de 5 de marzo de 1996 (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur), «admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una Sentencia del Tribunal de Justicia en que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario». En consecuencia, «la obligación, a cargo de los Estados miembros, de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de Derecho comunitario que les son imputables no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento reprochado».

De forma concluyente se expresó en tal sentido la STJCE de 6 de octubre de 2005 al afirmar que «no procede (...) limitar los efectos en el tiempo de la presente Sentencia» y, en igual sentido, la STJUE de 27 de febrero de 2014 (TJCE 2014, 1), asunto Transportes Jordi Besora, S.L., C-82/2012, que dejó declarado que es competencia del TJUE limitar los efectos de tales pronunciamientos, que podrá hacerlo solo con carácter excepcional, por

---

(22) Igualmente las SSTJUE de 2 de febrero de 1988 (As. C-309/85, Blaizot) 14 de diciembre de 1995 (As. C-312/93, Peterbroek), 14 de enero de 1997 (asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, Comateb y otros) y de 30 de marzo de 2006 (As. C-184/04, Uudenkaupungin kaupunki) recuerdan que dicho Tribunal tiene como misión aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y el alcance de una norma de Derecho comunitario, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor y declaran que de ello «resulta que la norma que ha sido interpretada por este Tribunal puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la Sentencia».

motivos de seguridad jurídica (23) y siempre que concurran los siguientes presupuestos: uno, la buena fe del Estado que adoptó la normativa contraria al DUE y dos, la situación objetiva de incerteza con respecto a la norma comunitaria vulnerada. Solo en aquellos casos en los que el sentido de la norma comunitaria ofrezca dudas razonables, ya sea por su redacción imprecisa, ya sea porque no haya sido aclarada por el TJUE, o bien porque las instituciones comunitarias hayan incitado a error a los Estados Miembros, el TJUE —y solo el TJUE— podrá aplicar esta excepcionalidad. Tan sólida y rotunda es esta doctrina jurisprudencial que las repercusiones económicas y financieras para el Estado infractor no bastan por sí solas para justificar la limitación de los efectos de sus sentencias y solo cabe argüir esta causa cuando va acompañada, además, de un número elevado de relaciones jurídicas constituidas de buena fe. Operar de forma distinta, según el TJUE, equivaldría a que las infracciones más graves y persistentes en el tiempo, reciban un trato más favorable por el solo hecho de haber generado las consecuencias económicas más cuantiosas y favorecería las infracciones del Derecho de la Unión cometidas por mucho tiempo (STJUE de 22 de octubre de 1998 (C-10/97 a C-22/97)).

3) La limitación temporal del art. 34.1 2º LRJSP no tiene en consideración el comportamiento procesal de la parte, a quien una mera dilación en el dictado de la misma privaría de la indemnización que pudiera corresponderle pese a que no se aquietó ni es responsable de «la gestión del tiempo» en el curso de la impugnación por parte de los agentes que en él intervienen y que obedece a otras circunstancias de las que depende la mayor o menor demora en el dictado de la sentencia (planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, interposición de recursos administrativos o económico-administrativos, demora en resolverlos...). En definitiva, se termina por «infligir» un castigo o hacer recaer los efectos negativos del retraso en el tiempo sobre el ciudadano, que no puede hacer nada para evitarlo en el dictado de la sentencia (24).

En consecuencia, como ha afirmado con acierto Ibáñez García, los arts. 32.5 y 34.1.2º LRJSP generan «un aliciente perverso para el legislador», que no tendría nada que perder al dictar normas contrarias al DUE, ya que solo a partir de un hipotético pronunciamiento que reconozca la contradicción con el Derecho comunitario se podría obtener indemnización por los daños que se produjeron, socavando así «el efecto disuasorio que la acción de responsabi-

---

(23) Así lo reconoció la STS de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6884, rec. 488/2007).

(24) Igualmente crítico con esta circunstancia se manifiesta Irazo Cerezo (2020: pp. 201 a 226).

lidad patrimonial del Estado legislador tiene para una correcta incorporación y aplicación del Derecho de la Unión Europea en España» (25).

#### **4. El definitivo «aldabonazo» contra la responsabilidad patrimonial del legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea y la urgente necesidad de su reforma: La STJUE de 28 de junio de 2022**

Ya se ha afirmado más arriba que la Comisión Europea manifestó su desacuerdo con el tratamiento normativo que la LRJSP había dado a la responsabilidad patrimonial por vulneración del DUE al entenderlo contrario al principio de equivalencia y al principio de efectividad. Tras sustanciarse el correspondiente procedimiento para resolver dicho recurso por incumplimiento de la Comisión Europea contra España (as. C-278/20), el TJUE ha dictado sentencia con fecha 24 de junio de 2022 en la que no aprecia vulneración del principio de equivalencia pero sí del principio de efectividad, ya que exigir que el ciudadano haya recurrido en vía jurisdiccional y, además, que haya alegado la infracción del DUE, puede ser perfectamente entendido como un requisito que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho del ciudadano a obtener el resarcimiento patrimonial pretendido.

Así pues, declara la STJUE que es contrario al principio de efectividad:

1. Supeditar la reparación a la exigencia de una declaración previa por parte del TJUE (ap. 104).
2. Obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan (ap. 123).
3. Cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrario al DUE, 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. 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 (ap. 127).
4. Procede declarar que la parte de las alegaciones de la Comisión relativa al *dies a quo* del plazo de prescripción del art. 67.1 Ley 39/2015 resulta fundada, dado que dicha disposición solo contempla los supuestos en los que existe una STJUE (ap.161). Ahora bien, el TJUE declara que limitar el alcance de la indemnización a los 5 años anteriores «es poner trabas» a que los particulares perjudicados puedan, en todos los casos, obtener una reparación adecuada de su perjuicio (ap. 165). Este requisito hace imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización (ap. 166).

---

(25) IBÁÑEZ GARCÍA (2017: pp. 137 y 138).

### III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LEYES INCONSTITUCIONALES

#### 1. El Tribunal Constitucional *versus* el Tribunal Supremo: la historia del largo desencuentro de sus doctrinas

Ya se han expuesto más arriba los puntos de desencuentro entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en cuanto a la necesidad o no de haber combatido mediante la correspondiente impugnación el acto administrativo de aplicación de la Ley posteriormente declarada inconstitucional, para que el damnificado pueda obtener resolución estimatoria a la pretensión indemnizatoria que eventualmente decidiera formular. Este desencuentro culminó con la decidida eliminación de tal exigencia —también para el caso de vulneración del Derecho de la Unión—, lo que motivó una expansiva tendencia a la presentación de reclamaciones patrimoniales. Tan generosa apertura fue matizada por el propio TS, al introducir una poderosa excepción: que el TC declare el efecto temporal de su pronunciamiento de inconstitucionalidad (26) (27). Obviamente

---

(26) La STS de 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002) precisaba que es relevante para determinar la posible existencia de responsabilidad del Estado-legislador la declaración expresa del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia: así, mientras que los supuestos de ausencia de declaración permiten a los Tribunales ordinarios pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial y fijar una indemnización que permita compensar los daños causados por el acto de aplicación de la Ley inconstitucional, no ocurre lo mismo cuando el TC excluye cualquier tipo de acción revisoria. RUIZ LÓPEZ (2013: pp. 16 y 17.).

(27) De ahí que, como afirma GONZÁLEZ ALONSO el pretendido automatismo entre «declaración de inconstitucionalidad» y «antijuricidad» resulte falaz, más una apariencia que una realidad. Y, siendo así, no cabe mantener la afirmación de que exista el binomio inconstitucionalidad igual a indemnización, puesto que: Primero la antijuricidad de la ley no es el único requisito que debe concurrir para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. A través de su jurisprudencia, ha afirmado que es necesario que esta vulneración de la CE por el legislador genere un daño indemnizable. No hay por tanto, indemnización sin daño. Esta exigencia está conectada con el modo de concebir la responsabilidad patrimonial «como institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos». En consecuencia, la jurisprudencia del TS también ha admitido que puede haber inconstitucionalidad sin responsabilidad. Y, en segundo lugar, además, aunque concurra daño, no habrá responsabilidad patrimonial si el TC limita los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El TS ha dejado en manos del TC el mantenimiento, o mejor, la efectividad, de esa doctrina, de tal manera la llave para activar o no la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por emanar leyes inconstitucionales depende en última instancia del propio TC, que puede limitar las consecuencias indemnizatorias de la declaración de inconstitucionalidad al determinar el alcance de sus efectos. Dicho de otro modo: cuando el TC decide acerca de la constitucionalidad también está resolviendo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. De esta manera, la delimitación de los efectos de la inconstitucionalidad declarada actúa como una premisa o un presupuesto necesario para activar la responsabilidad del Estado legislador. GONZÁLEZ ALONSO (2016: pp. 392 y 393).



si el TC declara los efectos *ex nunc* de su sentencia, esta no podrá aplicarse a situaciones anteriores que quedaron firmes y periclitadas (SSTS de 1 y 8 de julio de 2003 (rec. 18/2002 y 33/2002), 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 2 de febrero de 2004 (rc. 9/2002), 12 y 14 de junio de 2004 (28) (rec. 145/2002 y 155/2002). Y cuando la propia STC no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponderá a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir acerca de la eficacia retroactiva o prospectiva de la declaración de inconstitucionalidad. Así, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, afirmaron las SSTS de 5 de junio de 2001 (rec. 470/1998), 27 de junio de 2001 (rec. 281/1998), de 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), de 5 de julio de 2004 (rec. 250/2002) y de 24 de mayo de 2005 (150/2004), serán los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* (29) o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. (30) Esto determina que habrá de estarse a este pronunciamiento expreso del TC acerca del alcance de la sentencia de inconstitucionalidad que pronuncia (31), de tal modo que la expresa prohibición del Tribunal Constitucional veda cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión,

---

(28) Estas sentencias denegaron la pretensión indemnizatoria de los recurrentes puesto que la STC que había declarado la inconstitucionalidad había declarado expresamente que solo las situaciones no firmes podían ser objeto de revisión. No obstante, el propio TS ofrecía una salida al perjudicado que no había recurrido: la revisión de oficio.

(29) ALONSO GARCÍA (2015) advierte de las consecuencias que han generado la extensión de estos fallos: «En primer lugar, un importante problema económico, por la elevadas cuantías indemnizatorias que se han debido atender en ciertos casos (por ejemplo, el resarcimiento de los daños debidos a los fallos relativos a las máquinas tragaperras obligó a dictar una Ley especial de concesión de un crédito extraordinario: la Ley 9/2002, de 24 de abril, con el consiguiente quebranto para las arcas públicas). Pero también genera problemas de ejecución material, como es la obligación que se impone a la Administración pública de revisar todos los actos administrativos nacidos al amparo de la ley declarada nula, y aun cuando haya prescrito el plazo para su impugnación, operación especialmente complicada en los casos, no infrecuentes, de indemnización por leyes de naturaleza impositiva en los que ya se ha superado el plazo de 4 años de que dispone el pagador del tributo para que se le reintegren las liquidaciones indebidas».

(30) Criticó con dureza esta interpretación GARCÍA DE ENTERRÍA (2003: pp. 95 y ss.). En igual sentido LEGUINA VILLA (1993: pp. 414 y 415): tanto si el TC declara expresamente la eficacia de su fallo con efectos *pro futuro*, como «si guarda silencio del alcance temporal de su fallo ni de la reparabilidad de los perjuicios que la ley inconstitucional haya podido producir, la ejecución de la sentencia constitucional no comporta derecho alguno al resarcimiento».

(31) SSTS de 17 de julio de 2003, rec. 115/2002, 21 de junio de 2004, rec. 283/2002, 31 de enero de 2006, rec. 315/2004, 18 de mayo de 2006, rec. 46/2005, 22 de febrero de 2005 y 31 de enero de 2006, rec. 338/2004). Por tanto, apostillaban las SSTS de 2 de febrero de 2004 (rec. 9/2002) y 11 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4499; rec. 48/2015).

lo que no solo alcanza a la acción resarcitoria sino también a la revisión de oficio porque «entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional».

En este contexto se aprobó la LRJSP (32), que puso fin a tan generosa interpretación jurisprudencial y lo hizo con la literalidad de un precepto, el art. 32.4 que, estoy convencida, no es más que el resultado de una reacción desproporcionada del legislador para poner freno a tan expansivo efecto resarcitorio. Un precepto que constituyó, como ha afirmado la doctrina (33), una auténtica enmienda a la totalidad de dicha doctrina jurisprudencial, frente a la que luego, como veremos, ha vuelto a reaccionar el TS, aligerando la carga procesal que exige la LRJSP de combatir infructuosamente la resolución administrativa antes de que se dicte la sentencia que reconozca la inconstitucionalidad de la Ley para obtener ulterior resarcimiento.

Pero comencemos por el principio. Como se viene insistiendo, el TS, en la jurisprudencia dictada a principios de 2000 y en contra del criterio del TC, no exigía la carga de recurrir el acto administrativo de aplicación. Las razones que apoyan esta doctrina pueden sistematizarse en las siguientes:

En primer lugar, la antijuricidad queda puesta de manifiesto con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley y, con ella, la inexistencia de un deber de soportar el perjuicio que aquella generó (STS de 29 de noviembre de 2013, rec. 269/2011), lo que es enteramente independiente del hecho de que el interesado haya utilizado o no los mecanismos impugnatorios a su alcance contra el acto administrativo de aplicación y de que este haya o no adquirido firmeza (34) (STS de 13 de junio de 2000, rec. 567/1998).

En segundo lugar, otro argumento es la inexistencia de un recurso directo ante el TC para combatir la ilegalidad constitucional de la norma aplicada.

---

(32) Vid. el interesante trabajo de GALÁN VIOQUE (2015), quien ya apuntaba los aspectos críticos de su regulación.

(33) GUICHOT (2016: p. 91).

(34) MORENO FERNÁNDEZ (2009), afirma que la desaparición sobrevenida del soporte legal que legitimaba la obligación de pago de un tributo, por declaración de inconstitucionalidad de la Ley que así lo disponía, debe provocar, *eo ipso*, el deber de restituir a los ciudadanos. Y ello porque el pago de un tributo al amparo de una norma luego declarada contraria a la Constitución convierte a los actos de aplicación en «actos nulos de pleno derecho», incluso aunque los mismos sean firmes, bien por no haber sido impugnados en tiempo y forma, bien por haberlo sido, pero haber recaído ya una resolución firme. En estos supuestos cabrá acudir a los procedimientos especiales de revisión, tales como la revisión de actos nulos de pleno derecho o la revocación por infracción manifiesta de la Ley o por aparición de circunstancias sobrevenidas, y, en todo caso, a la acción de responsabilidad patrimonial del Estado, tal como preconizó el Tribunal Supremo.

Para un mayor análisis de esta jurisprudencia del TS, *vid.* MORENO FERNÁNDEZ (2003 y 2007).

En esta circunstancia pivota un argumento de peso del Tribunal Supremo: el interesado no dispone de instrumentos jurídicos para reaccionar y corregir dicha antijuricidad, de manera que se ha visto obligado a soportar un detrimento injusto, sin tener el deber jurídico de hacerlo ni contar con posibilidades de impugnarlo para evitarlo. Por tanto, ese daño es irremediamente antijurídico y debe ser objeto de reparación a través del instituto de la responsabilidad patrimonial. Ciertamente es que frente a la sospecha de la inconstitucionalidad de una ley, el ciudadano dispone de la posibilidad de suscitar ante el órgano jurisdiccional la duda de constitucionalidad de la norma de aplicación para que sea el Tribunal quien eleve la consiguiente cuestión de su inconstitucionalidad ante el TC, tal y como le habilita el art. 163 CE y 35 de LOTC. Pero también es cierto que, como advierte García de la Rosa (35), no es frecuente que se logre persuadir al órgano jurisdiccional de la bondad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, por un lado por la dilación que sufriría el proceso principal, por lo que ha sido generalizada la opción de fórmulas interpretativas conformes a la CE y, por otro, por la presunción de constitucionalidad de las leyes, que constituye un poderoso argumento que desincentiva al ciudadano a la hora de impugnar la actividad administrativa de aplicación de una Ley en base a una presumible infracción constitucional (36).

En tercer lugar, la teoría de la *actio nata*, que permite sostener que el plazo para reclamar comienza con la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley.

Y, por último, la acción de responsabilidad patrimonial y la revisoria por causa de nulidad son distintas (37) (SSTS de 29 de febrero de 2000,

---

(35) GARCÍA DE LA ROSA (2018: pp. 249 a 271).

(36) Por todas estas razones, la STS de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998) concluía con la mayor rotundidad que «la interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable».

(37) Como ha afirmado recientemente la STS de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1335; rec. 836/2020), «la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de

rec. 49/1998, de 13 de junio, rec. 1622/2003 y 18 de mayo de 2006, rec. 46/2005, 3 noviembre de 2006, rec. 80/2005, de 5 de diciembre de 2006 con voto particular discrepante, rec. 239/2005 y 15 de septiembre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:4689 y 8 de febrero de 2011, ECLI:ES:TS:2011:408, entre otras). Y son distintas porque «el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable» (STS de 29 de febrero de 2000, rec. 49/1998). Y, si son distintas —y obviamente compatibles (38)—, como afirmó la STS de 12 de junio de 2001 (rec. 476/1998), el hecho de no haberse agotado los recursos administrativos y jurisdiccionales «no es obstáculo para considerar como antijurídico el daño causado y, por consiguiente, para ejercitar con éxito la acción por responsabilidad patrimonial derivada del acto inconstitucional».

Frente a estos argumentos, la doctrina (39) comenzó a alzar razones de seguridad jurídica y sus derivados, especialmente la prescripción, la firmeza de resoluciones administrativas y judiciales, o que los ciudadanos perjudicados por una actuación administrativa antijurídica —entendida como aquella que provoca un daño que no están obligados a soportar— deben estar obligados a impugnarla (tutela primaria), para obtener así una tutela judicial de sus derechos (solicitando indemnización, devolución de ingresos indebidos...). Y, por último, aunque ciertamente el ciudadano carece de acción y legitimación para reaccionar contra las Leyes, no está tan inerme ante la ley inconstitucional que se le aplica. Por tanto, si no explora las vías impugnatorias de que dispone, de alguna forma, está coadyudando a la producción del daño del que luego reclama ser indemnizado (40).

## **2. El excesivo rigor formal impuesto por la Ley 40/2015: *Roma locuta, causa finita***

Es evidente que, de las dos opciones anteriormente expuestas, el art. 32.4 se ha decantado por la última. Y lo ha hecho introduciendo unas rigurosas exigencias totalmente antagónicas a la doctrina del TS que tan aperturista y favorable a la responsabilidad del legislador se había mostrado aun en los

---

carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó».

(38) Profundiza en su diferenciación ORDÓÑEZ SOLÍS (2012).

(39) DOMÉNECH PASCUAL (2008: p. 416).

(40) A mayor abundamiento, LEIVA LÓPEZ (2021: pp. 188 y 189).

casos en que no hubiera mediado impugnación previa. Pero si tan válida pudiera resultar una u otra opción, pues no faltan razonables argumentos que pueden avalarlas y es esta una cuestión de política legislativa, lo que parece que está fuera de toda duda es que los términos textuales con que el precepto diseña los requisitos de procedibilidad de la acción presentan algunos problemas de aplicación práctica que conviene tener en cuenta:

**a) Que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño**

Como ya se ha avanzado, la LRJSP exige como presupuesto para obtener una ulterior indemnización con cargo a la inconstitucionalidad de la ley que el ciudadano haya impugnado previamente el acto de aplicación de la Ley. El requisito va más allá de constituir un mero presupuesto procesal, puesto que se convierte en una característica definitoria de primer orden de la reclamación patrimonial. En efecto, como afirma ALONSO GARCÍA, al introducir este requisito la Ley viene a concebir esta acción resarcitoria como una acción subsidiaria de la pretensión inicial, una suerte de «segundo juicio», pues solo puede ser iniciado después de que el sujeto lesionado haya impetrado «tutela primaria» para combatir la legalidad de la actuación administrativa proveniente de la ley, luego declarada inconstitucional (41).

Ciertamente el precepto no exige que el reclamante haya agotado la vía judicial contra el acto impugnado, sino «solo» que haya litigado y que lo haya hecho sin éxito, pues exige al propio tiempo que la sentencia obtenida sea desestimatoria a su pretensión y que haya ganado firmeza. Pero aun así parece evidente y hasta inevitable aventurar, como hace GARCÍA DE LA ROSA (42), «el peligro futurible del aumento de una litigiosidad preventiva antes inexistente», un efecto de multiplicación de pleitos, en la mayoría de los supuestos, superfluos, como respuesta a este poderoso estímulo si es que el particular quiere evitar ver cerrada la posibilidad de plantear una posterior reclamación patrimonial.

---

(41) ALONSO GARCÍA (2021, p. 185).

(42) GARCÍA DE LA ROSA (2018): «Piénsese en el caso de un ciudadano afectado por la aplicación de una Ley que considera contraria a la CE, que no obstante es consciente de que sobre la norma legal pesa una sospecha judicializada de inconstitucionalidad, que ha motivado el planteamiento de la correspondiente cuestión, pendiente de resolución ante el TC. Este ciudadano podía antes optar por aguardar el resultado de dicho proceso constitucional, y en el caso de que definitivamente se declarase la norma aplicada contraria a la CE, estaba legitimado para formular su reclamación de responsabilidad patrimonial directamente. Sin embargo, en este momento, ese mismo ciudadano, en esta situación, está obligado a reproducir en vía administrativa y judicial el planteamiento del precedente judicializado, para poder optar en un futuro a la acción de responsabilidad patrimonial».

### **b) Que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada**

A la anterior exigencia de carácter procesal se añade una exigencia de contenido, pues no basta con haber impugnado el acto de aplicación, sino que además es necesario hacer valer como motivo del recurso la inconstitucionalidad de la norma de la que constituye su aplicación el acto impugnado.

Ciertamente el cumplimiento de esta exigencia no está al alcance de cualquiera. Las razones de inconstitucionalidad no requieren la concurrencia de ilegalidad manifiesta ni son tan ostensibles que resulten fácilmente detectables por cualquier ciudadano, salvo que esté dotado de una especial clarividencia jurídica y de una finura extraordinaria.

Así vino a reconocerlo la reciente STS de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1335; rec. 836/2020) que, con cita de las sentencias núm. 1158, 1186, 1351 y 1384/20, reconoce sin ambages 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 tanto que «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». (La cursiva es mía).

Pero, al margen de esta circunstancia, la previsión normativa de esta exigencia ofrece dudas prácticas sobre algunas cuestiones que el precepto deja irresueltas (43):

La primera es cuál es el momento procesal en que ha de invocarse este motivo de inconstitucional de la Ley. Teniendo en cuenta que la Administración, que ha de limitarse a aplicar las normas, carece de competencia para pronunciarse sobre ella, parece innecesario alegarlo en vía administrativa. Como reconoció la STS 815/2018, los recursos no son un fin en sí mismos, sino un instrumento para la más efectiva y eficaz defensa de los derechos de los administrados frente a las administraciones públicas, que es su auténtico

---

(43) GARCÍA DE LA ROSA (2018).

objetivo. Pero, dado que el planteamiento o no de la cuestión de inconstitucionalidad —dice la sentencia— pertenece al ámbito de decisión del órgano judicial, el omitido recurso de reposición hubiera resultado «de todo punto inútil e ineficaz para satisfacer la pretensión anulatoria o de nulidad» (FD 4, apartados 6, 12 y 13).

Siendo esto así, si ya el propio recurso administrativo es inoperante en los casos en que se dude de la constitucionalidad de una ley, parece que va de suyo que no pueda argüirse con éxito razón alguna que impida formularse por vez primera esta alegación ante el órgano jurisdiccional, máxime cuando así autoriza a hacerlo el art. 56.1 de LJCA. Tampoco parece que pueda existir inconveniente alguno para hacerlo en un momento procesal ulterior una vez iniciado el proceso, pues se trata de una cuestión de orden público apreciable de oficio (arts. 163 CE y 35 LOTC) y lo que el órgano judicial puede hacer de oficio en cualquier momento antes de dejar los autos conclusos para sentencia, puede ser impulsado por las partes en cualquier momento.

En segundo lugar, cabe plantearse si es necesario que resulten coincidentes la causa de inconstitucionalidad invocada y la posteriormente detectada por el Tribunal Constitucional, puesto que los motivos pudieran ser divergentes. La Ley no distingue o, al menos, no lo exige de forma expresa y no parece que deba hacerlo la resolución que se dicte al resolver la eventual reclamación patrimonial que pudiera plantearse y, menos aún, para fundamentar en esta causa su desestimación.

**c) 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**

El cumplimiento de los anteriores requisitos no garantiza al ciudadano el éxito de la reclamación patrimonial posteriormente planteada o, al menos, que la resolución alcance a reconocer el derecho a ser resarcido de los daños que le produjo, puesto que si estos son anteriores a cinco años desde la publicación sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la ley no podrán ser reconocidos porque así lo ordena el art. 34.1 LRJSP, lo que, como bien denuncia GARCÍA ALONSO (44), puede convertir en inútil todo este prolijo y arduo proceso al que se somete al lesionado para conseguir la pretendida reparación, privándole de su derecho al resarcimiento aun cuando este se haya reconocido judicialmente. La situación, lejos de ser excepcional, es más que previsible habida cuenta de la duración de los procesos y de la demora en culminarlos debido a circunstancias que escapan al control del recurrente y de su conducta procesal. La sensación de injusticia que late ante este panorama es aún mayor si se repara en que esta limitación de los efectos

---

(44) ALONSO GARCÍA (2021: p. 200).

en el tiempo, siendo la norma igual de inconstitucional, producirá «tratamientos injustificadamente dispares respecto de ciudadanos en circunstancias idénticas, con la sola distinción de haber soportado la aplicación de la Ley inconstitucional en momentos diferentes» (45), lo que indudablemente vulnera el principio de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, que en buena lógica impone que los efectos inherentes a esta mutación normativa sean iguales para todos. Se produce así «una suerte de pre-caducidad o caducidad previa del derecho, que depende de factores tan aleatorios y variables como la extensión de los periodos de pendencia ante el TC de los procesos constitucionales, al punto de que una respuesta regular a estos procesos superior a los cinco años desde la entrada en vigor de la leyes cuestionadas, desactivaría en muchos casos la medida así concebida por el legislador» (46).

Con una clara intención de aliviar tan rigurosas exigencias, la STS de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3384, rec. 6717/2019) ha realizado una interpretación benevolentemente extensiva al concepto «daños producidos» a que hace referencia el art. 32.1 LRJSP, afirmando que con esta expresión no se hace referencia a «cuando materialmente se generaron» sino a los que son «incuestionables y definitivos por no estar sujetos o pendientes de revisión», siendo desde ese momento cuando se inicia el plazo y ese momento es cuando se dicta la resolución judicial desestimatoria:

«que al cuestionarse por el perjudicado el acto causante del perjuicio ha de entenderse interrumpido su cómputo, de manera que no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y, que, caso de resultar favorable, determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente la procedencia del daño. No puede olvidarse, en este sentido, que uno de los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial es la realidad del daño».

### **3. La ¿nueva? rectificación que diseña el Tribunal Supremo para aligerar la carga procesal exigida por la LRJSP de combatir el acto de aplicación con la posibilidad de hacerlo mediante la revisión de oficio**

La discrepancia expuesta está, sin embargo, lejos de zanjarse, pues el TS ha retomado su referida teoría expansiva por vía de la interpretación, poniendo así en solfa la restrictiva opción legislativa del art. 32.4 LRJSP.

La STS de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1335; rec. 836/2020) y antes de ella, la STS de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3384, rec.

---

(45) GARCÍA DE LA ROSA (2018). En parecido sentido, GALÁN VIOQUE (2015).

(46) GARCÍA DE LA ROSA (2018).



6717/2019) no solo redefinen el concepto de «daños producidos» sino que vienen a recuperar uno de los argumentos con que defendía la innecesariedad de combatir el acto administrativo de aplicación de la ley posteriormente declarada inconstitucional: que la ley goza de presunción de constitucionalidad. Un argumento que, según el TS, convierte en una carga desproporcionada «y por ello inaceptable» la exigencia consistente en que el particular tenga que impugnar y alegar la inconstitucionalidad posteriormente declarada. Dicho de otro modo, no puede imponerse a los particulares la carga de recurrir unos actos administrativos que gozan de presunción de legitimidad por su conformidad con la Ley que le sirve de cobertura, que en principio, también goza de ella.

Por este motivo, entiende el TS que, a los efectos de obtener la sentencia firme desestimatoria, no solo es posible el recurso directo contra la actuación administrativa antes de que esta gane firmeza, sino que también será admisible que el acto administrativo sea firme y consentido (al no haberse recurrido) y que, con posterioridad, se solicite contra este una revisión de oficio, pudiendo aducirse esa posible inconstitucionalidad en el recurso que se interponga contra la desestimación de la revisión de oficio.

Este «remedio procesal» no es nuevo. Así, a título de ejemplo, la STS 15 de junio de 2004 (rec. 249/2002) afirmó que si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las resoluciones administrativas (las liquidaciones de dicho gravamen complementario), los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho. En estas circunstancias caben dos opciones: o bien «simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión (...) exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador», o bien «utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho a fin de dejarlos sin efecto, y solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, [tanto más] cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las Leyes».

La solución ofrecida no deja de ser una forma un tanto artificial de provocar el «reinicio de la causa» puesto que, como es sabido, el art. 106 LPAC exige que la revisión de oficio se fundamente en una causa de nulidad de pleno derecho y la posible futura declaración de inconstitucionalidad no constituye, en puridad, ningún motivo que la provoque (47). Por tanto, la desestimación de

---

(47) Cabe, sin embargo, interpretar, como lo hiciera nutrida jurisprudencia del TS (v.gr. STS de 17 de junio de 2011, rec. 175/2000) que la Ley 30/1992 y después la Ley

esta pretensión anulatoria por vía de revisión de oficio es más que previsible pero habrá conseguido su objetivo, que no es otro que mantener abierta la causa llevándola a presencia del juez de lo contencioso, que si dicta sentencia desestimatoria y esta deviene firme se le otorga al justiciable el requisito propio para solicitar indemnización en el caso de que el TC termine reconociendo la inconstitucionalidad de la ley.

Por consiguiente, como afirma ALONSO GARCÍA (48), la revisión de oficio es, en este caso, tan solo un vehículo para acudir al juez quien, tras considerar la alegación efectuada por el recurrente acerca de los preceptos constitucionales concretos que la disposición legislativa incumple, ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, planteamiento que no depende del lesionado y frente a cuya denegación se encuentra inerte, salvo que se aprecie la violación artículo 24 CE.

Para que ello sea así esta sentencia viene a reconocer que «el artículo 32.4 de la LRJSP, a los efectos de permitir instar válidamente la acción de responsabilidad, debe comprender todas las formas de impugnación —y no solo el recurso directo contra la actuación administrativa— que permitan al interesado manifestar su disconformidad con el acto que le provoca el daño y que den lugar al control jurisdiccional que refleje una sentencia firme».

Merece, desde luego, un juicio favorable esta flexibilización del criterio establecido, al permitirse que, quienes ya no pueden interponer los recursos ordinarios contra el acto administrativo, puedan cumplir con el requisito exigido en el art. 32.4 LRJSP mediante la utilización de la vía de la revisión de oficio, ejercitable en cualquier momento, lo que les coloca en situación de obtener una sentencia firme que dé respuesta al recurso que se interponga contra la desestimación de aquella.

Cabe significar que esta posibilidad de plantear la revisión de oficio se contempla solo para casos en que la sentencia del TC declare la nulidad total y de pleno derecho del precepto o preceptos que provocan el daño en cuestión (como sucede en el caso de la sentencia de 22 de octubre de 2020), ya que, de declararse la nulidad parcial de los preceptos, como se puso de manifiesto en la STS de 6 de marzo de 2020 (rec. 5923/2018), no sería

---

39/2015 prefiguran un procedimiento para la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, y, entre las primeras, la propia Ley incluye las que vulneren la Constitución, y aunque este precepto no predica tal nulidad de los segundos, salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [apartado 1.a)], es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedan afectados por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también radicalmente nulos de pleno derecho (artículo 9.3 de la CE).

(48) ALONSO GARCÍA (2021: p. 206).

admisible revisar de oficio actos firmes por haber sido consentidos al tiempo de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad (49).

#### **4. Un supuesto no previsto por la Ley 40/2015: el caso de leyes autoaplicativas y la solución de la STS de 27 de octubre de 2020 (50)**

Como es por todos sabido, las leyes autoaplicativas son aquellas que contienen una actividad típica ejecutiva, esto es, aquellas susceptibles de aplicarse al caso concreto sin necesidad de hacerlo a través de acto administrativo alguno. Al igual que sucede en el caso de la responsabilidad por vulneración del Derecho comunitario, el art. 32 LRJSP ha obviado la regulación de este supuesto, limitándose a hacerlo respecto de leyes que requieren de una actuación administrativa que las aplique, lo que se deduce de la exigencia de su impugnación previa con resultado infructuoso. Ante este olvido del legislador, dada la imposibilidad de cumplir el requisito establecido en el art. 32.4 LRJSP, al ser una ley de directa aplicación y no existir actividad administrativa intermedia impugnabile ni, por ende, obtener un pronunciamiento desestimatorio, el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de octubre de 2020 (núm. 1404/2020) directamente lo elimina por ser de imposible cumplimiento (*ad impossibilia nemo tenetur*). Asimismo reconoce el derecho a solicitar y obtener resarcimiento por los daños ocasionados por una ley autoaplicativa, posteriormente declarada inconstitucional.

No siendo viable su previa impugnación y obtención de sentencia desestimatoria considera que ha de realizar una interpretación que podríamos calificar como «integradora», en el sentido de que llega a inaplicar un requisito legal, en aras de «no permitir ámbitos inmunes al principio de responsabilidad de los poderes públicos».

#### **IV. LA LLAMADA «TERCERA VÍA»: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR ACTOS LEGISLATIVOS DE NATURALEZA NO EXPROPIATORIAS DE DERECHOS**

Ocurre con frecuencia que en su labor hermenéutica los tribunales mejoran en fondo y en forma el texto de las normas, haciéndoles decir —esto es, hacer entender o deducir de ellas— lo que en modo alguno aparece en su tenor literal. Así entiendo que ha sucedido con este supuesto de responsabilidad patrimonial del legislador. Los términos en que se expresa el art. 32.3 LRJSP

---

(49) LEIVA LÓPEZ (2021: pp. 191 y 192).

(50) LADO CASTRO-RIAL (2021, pp. 289 a 298).

son conocidos, pues no han variado desde que por primera vez se reconociera esta modalidad de responsabilidad del Estado legislador en el art. 139.3 de la Ley 30/1992:

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

Los términos textuales del precepto, su imprecisa redacción y las múltiples cuestiones y problemas prácticos que generaron, merecieron que no recibiera favorable acogida desde el principio. LEGUINA VILLA (51) afirmó de él que es una *disposición innecesaria*, puesto que antes de su existencia el legislador ya podía hacer lo que ahora le permite hacer: fijar medidas de reparación o compensación por los perjuicios que los cambios legislativos pueden ocasionar a determinados círculos de destinatarios. Por eso mismo, concluía, porque no era preciso plasmar una previsión similar, al incorporarse en la Ley resulta perturbadora (52). GARRIDO FALLA (53) calificó al precepto de *equivoco* porque se apoya en principios jurídicos discutibles y por expresarse de forma negativa en tanto que, afirmaba, debería haber sido redactado en forma positiva, estableciendo los supuestos en que procede la indemnización, que no pueden ser otros que la ruptura de la confianza legítima y la vulneración del principio de igualdad de cargas ante la Ley. En efecto, el precepto es indefectiblemente confuso puesto que su literalidad ha conseguido que su interpretación nunca fuera unánime (54) y porque se encuentra vacío de contenido por la contradicción que encierran sus propios términos, pues la única interpretación integradora que cabe admitir se opone a lo que literalmente dispone. Definitivamente, es un precepto que genera más incertidumbre que certezas. Un precepto, como afirma ALONSO GARCÍA (55), de *indeterminado significado*, en el que subyace una regla tan ambigua en su interpretación y en la determinación de su alcance

---

(51) LEGUINA VILLA (1993: pp. 408 y ss.).

(52) De igualmente «perturbadora» la ha calificado MARTÍN REBOLLO (2002): el precepto «establece que, como regla, no hay responsabilidad derivada de actos legislativos salvo que así se establezca en dichos actos. Pero que parece decir lo contrario cuando parte de la afirmación positiva (hay responsabilidad solo cuando así se establezca) que sugiere, en una primer lectura, un criterio más amplio que el que en verdad estaba en la mente del legislador. Por eso mismo, porque no era preciso plasmar una previsión similar, la incorporación en la Ley 30/1992, resulta perturbadora».

(53) GARRIDO FALLA (1993: pp. 125 y ss.).

(54) Buena prueba de ello es la síntesis que de las distintas interpretaciones realiza GALÁN BLOQUE (2001: pp. 310 y ss.).

(55) ALONSO GARCÍA (2021: p. 181).

que no puede dejar de sorprender que «el Legislador de 2015, que tan exigente se ha mostrado a la hora de imponer los requisitos que deben concurrir para valorar la responsabilidad patrimonial del legislador» lo haya mantenido y reiterado. Por ello cabe reconocer que la LRJSP ha desaprovechado la oportunidad de darle una redacción coherente con la que eliminar las dudas que generó, en doctrina y jurisprudencia, cuando fue dictado. A saber: el alcance de la diferenciación entre actos legislativos expropiatorios y no expropiatorios de derechos, la consideración de la antijuridicidad del daño y la no obligación de soportar el contenido de las disposiciones legislativas que han sido válidamente aprobadas, la manera en que ha de interpretarse el silencio del legislador en cuanto a la indemnización y la voluntad tácita que, en su caso, ha querido expresar con dicha omisión, la cuantía de la indemnización, de la que se desconoce si ha de limitarse a la fijada en la propia disposición legislativa o si, por el contrario, puede el juez ampliarla o incluso cuestionar los supuestos y las condiciones en las que esta ha de hacerse efectiva (56). Estas y otras consideraciones son las que resultan del análisis seccionado de las condiciones que impone el tenor literal del art. 32.3 LRJSP.

## 1. ¿Una indemnización a cargo de las Administraciones?

Como ya dejé afirmado en otro lugar (57), la primera cuestión que podemos plantearnos es el papel que desempeña la Administración en esta modalidad de responsabilidad del legislador. ¿Se trata de la responsabilidad de este por dictar la ley o se trata de una específica manifestación de responsabilidad de la Administración por aplicarla? En puridad, el precepto no se dispone a regular la responsabilidad del Estado legislador por declarar en una ley un sacrificio especial que requiera ser indemnizado, sino la responsabilidad de las administraciones públicas por ejecutar lo que ha previsto el legislador.

Podría argumentarse a favor de esta dicción literal que ciertamente la mera aprobación de una ley con contenido ablatorio no provoca un daño y, mucho menos, un daño revestido de las características de efectividad, concreción e individualización para hacerlo resarcible. Es obvio que este solo se producirá cuando la ley sea ejecutada, labor que corresponderá de ordinario a la Administración, lo que, por otra parte, es cosa obligada por consecuencia del principio de legalidad. En efecto, la aplicación de «actos legislativos» por parte de la Administración no constituye ninguna singularidad dentro de su actuar: más bien, principio de legalidad en mano, es —debe ser— la regla general, pues ese es su cometido en cumplimiento del deber constitucional

---

(56) ALONSO GARCÍA (2021).

(57) GALLARDO CASTILLO (2010: pp. 704 a 706).

que le impone el art. 103 CE. Pero que ese sea el momento en que alcanza al destinatario de la norma su potencial efecto lesivo no autoriza a inferir que la obligación de resarcimiento deba corresponder a la Administración por causa de un acto que tiene su origen en otro poder público, como es el legislativo, pues ello no es más que desplazar al ámbito de la Administración algo que no le es imputable a ella. En efecto, según las reglas elementales de la responsabilidad patrimonial, si el sujeto causante del daño es el legislador, es este el responsable de indemnizarlo y no la Administración, que se limita a ser fiel cumplidora de sus mandatos. Falta así el primero y principal de sus requisitos: la imputación de aquel. Así debe ser a menos que, como entiende DE LA QUADRA-SALCEDO (58), se parta de la consideración de que el acto de aplicación o ejecución de una norma que causa el daño es una forma de participar en su producción y que, por tanto, la Administración es copartícipe o coautora, o que se entienda que lo que pretende el precepto es colocar a la Administración en simple sujeto pagador de indemnizaciones que realmente corren a cargo del legislador. Pero no debe olvidarse que son conceptos distintos: una cosa es quién tiene al final que pagar y otra bien distinta es quién es propiamente el responsable.

## 2. Que no tengan el deber jurídico de soportar

Salta a la vista que a esta expresión, extraída de la literalidad del precepto y alusiva a la antijuricidad del daño, le falta el complemento directo, lo que causa perplejidad en cualquiera de las dos interpretaciones que admite: (a) Si se considera que va referida a «daños» (término que no se contiene en la norma y al que, por tanto, no puede remitir) el ámbito de aplicación del precepto sería las leyes inconstitucionales, únicas susceptibles de producir un daño antijurídico. Pero este supuesto está descartado puesto que no está cubierto por él sino por el apartado 4º del art. 32. Por tanto, necesariamente se refiere a Leyes constitucionales (59). (b) Si va referido a las leyes, la pregunta resulta obligada: ¿acaso el efecto inherente a toda ley no es la obligación que surge en el ciudadano de cumplirla, esto es, de soportarla? (60).

Pero, más allá de esta cuestión, el 32.3 LRJSP es contradictorio *in terminis* pues el tenor literal del precepto presenta un único presupuesto de hecho, que no se tenga el deber jurídico de soportar (no se sabe bien qué ni por qué, pero que no se tiene el deber jurídico de soportar), ante lo que prevé una doble opción: que la ley prevea o que no prevea indemnización. *Tertium non habet*.

(58) DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2000: pp. 19 a 42).

(59) En este sentido, ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL (2008: p. 63).

(60) GARRIDO FALLA (1993: p. 128).

La primera opción es conforme a la Constitución pero no la segunda. Y siendo así se están haciendo convivir en un mismo precepto dos reglas absolutamente contrarias: que *no se tenga el deber jurídico de soportar* y que la *Ley obligue a soportarlo* —efecto inherente a toda norma— y hacerlo sin indemnización. De existir una ley en estas condiciones sería irremediabilmente inconstitucional (61), por lo que este hecho, por sí solo, debe ser suficiente para que un precepto de esta naturaleza obligue a indemnizar sus consecuencias lesivas.

Para salvar la inconsistencia de tal disposición y la inconstitucionalidad en que incurriría, la doctrina ha terminado por considerar que lo que, seguramente, quiera expresar el precepto, es que esa determinación de cuándo se está obligado y cuándo no se está obligado a soportar un daño derivado de la pura aplicación de una Ley —y, por tanto, cuándo se tiene derecho a recibir indemnización y cuándo no— no lo ha de definir este precepto sino el propio acto legislativo en cuestión, que lo hará en función del tipo de derecho o bien afectado y del conjunto de las circunstancias concurrentes. En consecuencia, como afirmé al comienzo, por vía de una interpretación bienintencionada de una doctrina y una jurisprudencia benevolente se acaba confiriendo un significado al precepto que no se destila ni se vislumbra ni se deduce de sus términos literales, pues tal remisión, en puridad, ni la prevé expresamente ni parece que pueda presumirse, a juzgar por el siguiente requisito: la cláusula indemnizatoria.

### **3. Cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen**

Como acaba de afirmarse, la literalidad del precepto se presentaba tan desconcertante que había que otorgarle otra interpretación que le salvara de la inconstitucionalidad. La primera es la que acaba de exponerse, lo que permite considerar que el precepto no otorga una suerte de cheque en blanco al legislador otorgándole esa doble opción (indemnizar o no indemnizar) sino que, siendo una sola la solución legal posible —incluir la cláusula indemnizatoria si la ley es lesiva—, se hará «ley por ley» y «caso por caso». En definitiva, aun con tan desafortunada redacción, la doctrina está dispuesta a admitir que el precepto utiliza la figura jurídica de la remisión normativa, remisión de esta ley al acto legislativo concreto que se dicte.

Desde luego que esta interpretación —única posible que salva de inconstitucionalidad al precepto— encierra varias obviedades: (a) que si la ley no es lesiva, no procede incorporar cláusula indemnizatoria alguna porque no hay nada que indemnizar (b) que no toda actuación legislativa que afecte

---

(61) DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2000).

a los derechos o situaciones previas de los particulares es merecedora de indemnización y (c) que se atribuye al legislador sectorial el margen de libertad necesario para establecer cuándo procede. La apelación al legislador para que determine la procedencia o no de la indemnización pretendería solo dejar claro que no cualquier modificación del *statu quo ex ante* da derecho a ella, pues ello impediría la labor transformadora que puede y tiene derecho a ejercer el legislador, provocando el inmovilismo o sacralización de las situaciones individuales que petrifique el ordenamiento jurídico (62).

Ahora bien, el corazón del problema se encuentra, no en que la ley no sea lesiva y entonces proceda ese silencio respecto de las posibles repercusiones indemnizatorias, sino en que la ley sea lesiva y también guarde silencio al no incluir la correspondiente cláusula indemnizatoria. Ante esta situación cabrían varias interpretaciones: o que el silencio equivale al rechazo de la indemnización, lo que le aboca a su inconstitucionalidad por contravenir el art. 33.3 CE al haber privado de derechos sin prever su correspondiente indemnización; o bien, que el silencio no equivale a su intención de rechazar la indemnización, sino al contrario, que es equivalente a su voluntad tácita de ajustarse a las normas generales de la responsabilidad patrimonial (63). Esta ha sido la interpretación que ha venido dando tanto el TC [STC 28/1997, de 13 de febrero (64)] como el TS (SSTS de 17 de febrero de 1998, rec. 327/1993, 3 de marzo de 1999, rec. 6197/1994, 18 de mayo de 2000, rec. 559/1996 y 12 de abril de 2002, rec. 218/1998), que han dejado afirmado que el hecho de no establecer expresamente (dichas leyes) eventuales previsiones indemnizatorias, solo supone que habrá que estarse a lo dispuesto en la legislación común en materia de responsabilidad de la Administración:

«el silencio de la ley sobre este particular (indemnización) no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha considerarse que este extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por parte de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

---

(62) ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL (2008: p. 63). GALLARDO CASTILLO (1994: pp. 343 a 372).

(63) ALONSO GARCÍA (2021: pp. 475 y 476).

(64) En esta sentencia, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 278/1991 el TC afirmaba que el hecho de que en ella no se disponga expresamente un cauce reparador, para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos.



«se ha mantenido que si la Ley no contiene declaración alguna sobre dicha responsabilidad, los Tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (*ratio legis*) para poder así definir si procede declara la obligación de indemnizar».

Por tanto, siguiendo este criterio no puede apreciarse la inconstitucionalidad de dichas leyes por el hecho de que aquéllas no contuvieran expresamente una cláusula de responsabilidad en favor de los perjudicados «pues la necesaria integración de tales leyes en el ordenamiento jurídico conduce a colmar esa laguna con arreglo a los principios generales que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración». En palabras del Supremo: «el hecho de que en la ley no se disponga expresamente un cauce reparador para compensar las limitaciones al ejercicio del derecho (de propiedad) significa que este extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial». En síntesis, el silencio del legislador sobre la indemnización no la excluye sino que puede integrarse por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración lo que salva de inconstitucionalidad la ley.

Ahora bien, esta «loable» solución quizá haya ido más allá de lo que pretendía el legislador al diseñar la responsabilidad patrimonial del legislador. Por eso, pese a la buena intención de la jurisprudencia al plantear esta interpretación, se «abre la vía a cierta inseguridad», como bien denuncia MARTÍN REBOLLO (65), por varias razones. En primer lugar, porque se abre la posibilidad de que leyes declaradas constitucionales (ese es el presupuesto de hecho) generen perjuicios que deban indemnizarse y para ello no es necesario que la ley lo establezca expresamente sino solo que haya guardado silencio. En segundo lugar, porque lanza al ciudadano al recurso singular y aislado, caso por caso, y con resultados dispares. El control judicial ordinario no sirve para depurar genéricamente el ordenamiento porque por su propia naturaleza es casuístico, parcial y fragmentario.

Cuestión distinta es que sea el propio legislador quien excluye de forma expresa la indemnización. En tal caso, ni la Administración, ni el Consejo de Ministros ni los órganos jurisdiccionales podrían hacer otra cosa que cumplir con este designio, contra el que solo cabría acudir por los cauces legales al Tribunal Constitucional para que declare su posible inconstitucionalidad (66).

En definitiva, el art. 32.3 presenta el mismo alcance restrictivo que la disposición de la que procede, el art. 139.3 de la Ley 30/1992 —solo se indemnizará cuando la propia ley lo diga— que luego no se corresponde con su aplicación práctica, puesto que, por obra de la jurisprudencia, cabe interpretar que el silencio del legislador sobre la cuestión indemnizatoria no

---

(65) MARTÍN REBOLLO (BIB 2002\2101).

(66) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1999: pp. 633 a 641).

impide que esta pueda acordarse, por lo que dicho silencio no es determinante de inconstitucionalidad alguna.

Si ante el silencio del legislador cabe que la Administración pueda acordar indemnización conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial, pudiera cobrar sentido la referencia inicial que el precepto hace a las administraciones públicas (si no como sujeto responsable sí como sujeto «no solo pagador sino también decisor» de la correspondiente indemnización), en cuyo caso *de lege ferenda* cabe proponer un añadido que, positivizando el pronunciamiento jurisprudencial, aporte cordura y coherencia al precepto:

«cuando se establezca la indemnización en los propios actos legislativos, las Administraciones públicas indemnizarán conforme a los criterios generales del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial».

Lo que cabe preguntarse es si esto es lo que estaba en la *mens legislatoris* cuando redactó el precepto —del que cabe albergar la sospecha o, al menos, la duda de si lo que realmente pretendía era garantizarse espacios de impunidad— y esta interpretación no es más que un puro voluntarismo loable y bienintencionado de la doctrina y de la jurisprudencia.

## V. CONCLUSIONES

La responsabilidad del legislador, por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, por leyes contrarias al Derecho de la Unión europea (DUE) y por leyes inconstitucionales, se encuentra regulada en la Ley 40/2015, si bien los requisitos y condiciones que en ella se prevén distan mucho de ser acordes con los principios del Derecho comunitario, con algunos postulados constitucionales y con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Aun reconociendo el avance que ha supuesto colmar este llamativo vacío de que adolecía nuestro ordenamiento, al propio tiempo debe subrayarse que lo hace bajo la exigencia de una serie de requisitos y condiciones que dificultan su ejercicio y que van, en mi opinión, más allá de lo razonable. Por ello no debe causar sorpresa que tanto el TS como el TJUE hayan salido al paso terciando en la materia y, en reciente jurisprudencia, el primero haya ofrecido alguna solución que aminore los efectos de tan restrictiva regulación y, el segundo, haya puesto el acento en diversas cuestiones que deben ser reformadas para acomodarlas a los principios del Derecho comunitario y de su jurisprudencia.

Así, la STJUE de 28 de junio de 2022 ha apreciado vulneración del principio de efectividad en la regulación que la ley 40/2015 efectúa en relación con la responsabilidad del legislador por infracción del Derecho comunitario,

ya que exigir que el ciudadano haya recurrido en vía jurisdiccional y, además, que haya alegado la infracción del DUE puede constituir un requisito que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho del ciudadano a obtener el debido resarcimiento patrimonial. Se constata así que el art. 32.5 LRJSP parte de una premisa errónea: que para que se produzca el supuesto de responsabilidad del Estado legislador en caso de infracción del Derecho de la Unión se precisa sentencia que así la declare. Un requisito que, conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE, no es imprescindible en todos los casos y que, además, es de imposible cumplimiento en otros, como es el caso de las leyes autoaplicativas. No otra cosa puede deducirse de la primacía y efecto directo del DUE, cuya relevancia es de tal calibre que determina que los tribunales no sean los únicos con competencia y potestad para velar por ellos, sino que tal obligación alcanza a *todos los poderes públicos* y, por ende, la Administración, que puede (debe) inaplicar (que no anular) la norma vulneradora del DUE —y, en consecuencia, expulsar del mundo jurídico el acto administrativo, ordenar la devolución de ingresos indebidos o incluso declarar la responsabilidad de la Administración— o bien, si procede y es posible, otorgarle una interpretación conforme al Derecho de la Unión.

En mi modesta opinión, con independencia del juicio que merezca el diseño de tan restrictivos presupuestos procesales, el resultado mal se aviene con criterios de mínima justicia material, puesto que el ciudadano podría haber logrado cumplir con total solvencia y rigor todos ellos —interposición de recursos, invocación de inconstitucionalidad o vulneración del Derecho de la Unión, sentencia desestimatoria y posterior sentencia del TC o del TJUE declarando la inconstitucionalidad o anticomunitariedad— y, sin embargo, ver rechazada su pretensión indemnizatoria porque transcurrieron más de cinco años desde la producción de los daños, sin que ningún comportamiento procesal poco diligente pueda reprochársele en la instrucción y resolución del proceso ni nada pudiera hacer este para aligerarlo. La cuestión no es baladí, pues esta inopinada limitación temporal que introduce la LRJSP se opone al conocido principio general del Derecho comunitario que impone al Estado miembro la obligación de responder de los perjuicios causados al ciudadano por la incorrecta aplicación del DUE lo que, a su vez, es una derivación directa de su primacía y de la necesidad de garantizar una aplicación uniforme del mismo en todos los países miembros.

Para la valoración que, en mi opinión, merece la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, ha de partirse de los puntos de desencuentro que han venido manteniendo el TS y el TC con cargo a la necesidad o no de haber combatido mediante la correspondiente impugnación el acto administrativo de aplicación de la Ley posteriormente declarada inconstitucional. Un desencuentro entre los Altos Tribunales que culminó con la decidida eliminación de tal exigencia, lo que motivó una expansiva tendencia a la

presentación de reclamaciones patrimoniales y a la que el art. 32.4 LRJSP ha puesto freno mediante la introducción de unas rigurosas exigencias que resultan totalmente antagónicas a la doctrina del TS que tan aperturista y favorable a la responsabilidad del legislador se había mostrado aun en los casos en que no hubiera mediado impugnación previa. Pero aun reconociendo la legítima opción del legislador, algún reproche puede alzarse a los términos textuales con que el precepto diseña los requisitos de procedibilidad de la acción, pues presentan algunos problemas de aplicación práctica que deja irresueltos, tales como el momento procesal de invocación de la causa o los perniciosos efectos de la regulación del plazo de prescripción y su cómputo, que puede generar consecuencias poco entendibles por el distinto tratamiento que puedan recibir los justiciables simplemente por razón de la fecha en que se produjeron los daños cuya resarcibilidad reclaman.

Quizá con la intención de paliar tales deficiencias, en fechas recientes el TS ha retomado resueltamente su referida teoría, poniendo así en solfa la restrictiva opción legislativa del art. 32.4 LRJSP. Así lo ha hecho en las sentencias de 31 de marzo de 2022 y de 22 de octubre de 2020, que no solo se limitan a redefinir el concepto de «daños producidos» sino que vienen a recuperar uno de los argumentos con que defendía la innecesariedad de combatir el acto administrativo de aplicación de la ley posteriormente declarada inconstitucional: que la ley goza de presunción de constitucionalidad. Un argumento que, según el TS, convierte en una carga desproporcionada «y por ello inaceptable» la exigencia consistente en que el particular tenga que impugnar primariamente alegando la inconstitucionalidad de la ley, puesto que aquellos gozan de presunción de legitimidad por su conformidad con la Ley que le sirve de cobertura, la cual, también, en principio, goza de ella.

En este contexto, el TS ofrece una solución que, si bien no es nueva, viene a posibilitar la flexibilización que elimine en parte tales efectos: que, a fin de hacer posible la obtención de una sentencia firme desestimatoria (esta es la exigencia de la Ley 40/2015), no solo es posible interponer el recurso directo contra la actuación administrativa antes de que esta gane firmeza, sino que también será admisible que el acto administrativo sea firme y consentido (al no haberse recurrido) y que, con posterioridad, se solicite contra este una revisión de oficio, pudiendo aducirse la posible inconstitucionalidad que exige el art. 32.4 LRJSP en el recurso que se interponga contra la previsible desestimación de la revisión de oficio.

Por último, por lo que respecta a la llamada «tercera vía», esto es, a la responsabilidad del legislador por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, solo cabe lamentarse de que el legislador del 2015 haya desaprovechado la oportunidad de darle una redacción coherente con la que eliminar las dudas que generó, en la doctrina y la jurisprudencia, cuando

fue dictado. De cuantas objeciones puede hacersele al art. 32.3 LRJSP, cabe destacar que presenta el mismo alcance restrictivo que la disposición de la que procede, el art. 139.3 de la Ley 30/1992, al exigir la cláusula resarcitoria que prevea la correspondiente indemnización. Un alcance que luego no se acompasa con su aplicación práctica, puesto que la jurisprudencia ha admitido que cabe interpretar que el silencio del legislador respecto de la cuestión indemnizatoria no impide que esta pueda acordarse cuando el acto legislativo presente un contenido lesivo. Quizá sea esta la única solución posible para salvar de inconstitucionalidad al acto legislativo en cuestión e incluso la inconstitucionalidad del propio art. 32.3 LRJSP, pero lo que hubiera sido procedente es que la LRJSP la hubiera positivizado incorporándola a su tenor literal. De lo contrario, no es el legislador ni su producto normativo sino los tribunales quienes, en su labor hermenéutica y de aplicación de las normas les hace decir lo que en modo alguno se corresponde a su letra ni a su espíritu.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO GARCÍA, M<sup>o</sup> C. (1995): La facultad del Juez ordinario de inaplicar la Ley interna posterior contraria al Derecho comunitario, en *Revista de Administración pública*, núm. 138, pp. 203-223.
- (2015): «Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *GABILEX*, número extraordinario.
  - (2021): «El Supremo alivia la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, 2021, p. 185.
- ALONSO GARCÍA, R. (2009): «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)», en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 175-188.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2004): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del Derecho comunitario», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, pp. 61-75.
- ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M.A. (2008): «Apuntes sobre la responsabilidad patrimonial del estado legislador: especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 10, p. 63.
- BELADÍEZ ROJO, M. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 342 y ss.

- CALVO VÉRGEZ, J. (2017): «¿Se encuentran obligados los estados miembros de la UE a facilitar a los ciudadanos vías efectivas destinadas a articular su derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos?», BIB 2017\1704.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2006): «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2006, pp. 315-339.
- (2009): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. T. I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 444 y ss.
- DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2000): «Responsabilidad del Estado legislador y poder legislativo autonómico», en *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 3, pp. 19-42.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2018): «La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho», en *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 31, p. 416.
- FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R. (2018): «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 221-237.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022): «Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C 278/20)», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 221, pp. 21-50.
- GALÁN VIOQUE, R. (2001): «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, pp. 310 y ss.
- (2015): «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del estado legislador (un nuevo intento introducido en el proyecto de ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)», en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 2.
- GALLARDO CASTILLO, M<sup>o</sup> J. (1994): «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas. La impunidad del legislador», en *Revista de Administración pública*, núm. 133, pp. 343-372.
- (2010): *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 704-706.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003): «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 117, pp. 95 y ss.

- GARCÍA DE LA ROSA, C. (2018): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por declaración de inconstitucionalidad de las leyes en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, pp. 249-271.
- GARRIDO FALLA, F. (1993): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 77, pp. 125 y ss.
- (1993): «La responsabilidad patrimonial del legislador en la nueva ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, p. 128.
- GONZÁLEZ ALONSO, A. (2016): «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución: un análisis comparativo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, pp. 392-393.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S. (1999): «Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 104, pp. 633 a 641.
- GUICHOT, E. (2016): «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 60, pp. 51-56.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2017): «El régimen de responsabilidad patrimonial por actos del legislador, establecido en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y su posible incompatibilidad con el Derecho de la UE. Argumentos expuestos a la Comisión Europea», en *Revista CEFLegal*, 201, pp. 137-138.
- IRANZO CEREZO, J.A. (2020): «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 201-226.
- JANER TORRENS, J. D. (2002): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 103.
- LADO CASTRO-RIAL, C. (2021): «Responsabilidad patrimonial del Estado legislador y leyes autoaplicativas: a propósito de las STS 1404/2020, de 27 de octubre», en *Anuario de Derecho Administrativo*, Capítulo 14, pp. 289-298.
- LEGUINA VILLA, J. (1993): «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en la obra colectiva *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*. Madrid, Tecnos, pp. 414-415.

- LEIVA LÓPEZ, A. (2021): «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea», en *Revista Catalana de dret públic*, núm. 63, pp. 188-189.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2002): «Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 556, pp. 1-7, y en BIB 2002\2101.
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I. (2003): «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos», en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 15.
- (2007): «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, núm. 12.
  - (2009): «Del deber constitucional de pagar un tributo a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador», en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 3.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2012): «La nulidad (devolución de lo indebido) y la responsabilidad (indemnización de los particulares) por infracción del Derecho de la Unión Europea en el Derecho tributario español», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 27, Sección Artículos, LA LEY 4469/2012.
- PLASENCIA SÁNCHEZ, F. y DE PEDRO MARÍN, L. (2019): «Sobre los límites a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador introducidos por las leyes 39 y 40 de 2015. Situación actual y expectativas de futuro a la luz del dictamen de la Comisión Europea sobre la infracción de los principios de efectividad y equivalencia», en la obra colectiva *Anuario de Derecho Administrativo*, RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), Pamplona, Aranzadi, pp. 641-664.
- RUIZ LÓPEZ, M.A. (2013): «Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad del Estado legislador», en *Revista Digital de Derecho*, núm. 6, p. 26.
- SESMA SÁNCHEZ, B. (2011): *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho comunitario (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010)*, en *Diario La Ley*, núm. 7553, Sección Tribuna, pp. 1436-1439.