

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por “anticomunitariedad” de la norma tributaria interna

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Modificación Parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria se dice que se crea un nuevo procedimiento especial para la revisión de actos dictados al amparo de normas tributarias que hayan sido declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea, eliminándose el vacío legal procedimental existente, en el ámbito tributario, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre este Anteproyecto, fechado el 30 de septiembre de 2014, no realizó ninguna observación sobre esta materia, cosa que sí llevó a cabo el voto particular fechado el 2 de octubre de 2014, suscrito por la vocal Sáez Rodríguez, señalando que el citado Anteproyecto parece confundir la revisión de actos administrativos con la responsabilidad patrimonial del legislador en la que no se pide la revisión de actos administrativos, sino la correspondiente responsabilidad patrimonial por la actuación contraria a Derecho de la Administración, en este caso por el uso de la potestad legislativa. En la misma senda de este voto particular se sitúa el Informe del Consejo de Estado, número de expediente 130/2015, fechado el 9 de abril de 2015. Esa pretensión de regulación específica, probablemente por el peso de los argumentos apuntados, no se incorporó ya al Proyecto de Ley, de manera tal que siguió aplicándose la normativa entonces vigente contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

No existe en el momento actual un procedimiento específico de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria; se aplica el procedimiento general previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor a partir del 2 de octubre de 2016, que no contempla un régimen transitorio, interesándonos, a los presentes efectos, lo dispuesto en su artículo 32, en particular, sus apartados 3 a 6, cuyo tenor es el siguiente:

*3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la **aplicación de actos legislativos** de naturaleza no expropiatoria de derechos que no*

tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) *Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.*

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

Nos importa también el artículo 34 de la citada Ley 40/2015, relativo a la indemnización, y más concretamente, el párrafo segundo del apartado 1 que establece: **en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.**

La regulación vigente introduce modificaciones muy significativas con respecto a la regulación precedente, modificaciones que han conducido a que el pasado mes de enero la Comisión Europea decidiera enviar un dictamen motivado a España por considerar que las normas antedichas incumplen los principios de equivalencia y/o de efectividad, según se explica en la nota que hace público el acuerdo: las actuales disposiciones nacionales sobre el régimen jurídico y sobre los procedimientos administrativos comunes para el sector público limitan la autonomía procesal y material de los Estados miembros en relación con las condiciones que rigen las indemnizaciones por daños causados por actos legislativos.

Según el órgano europeo precitado, la legislación española ha establecido condiciones menos favorables en lo relativo a la responsabilidad por una infracción de la legislación de la UE que por la responsabilidad debida a una infracción de la Constitución española. Además, contiene condiciones de procedimiento que no son acordes con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la UE. Las disposiciones nacionales en cuestión hacen que sea excesivamente difícil comprometer la responsabilidad del Estado por una infracción de la legislación de la UE, lo que tiene una repercusión negativa en la efectividad del Derecho de la UE.

Según reiterada jurisprudencia, el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables es inherente al sistema de los Tratados en los que ésta se funda (véanse, en este sentido, entre otras, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, C-6/90 y C-9/90; de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06 y de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08).

El Tribunal de Justicia ha declarado que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (véase, en este sentido, sentencia de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06).

Ahora solo nos interesa, el requisito de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

Pues bien, como señala la sentencia de 28 de julio de 2016, *Tomášová*, C-168/15, para determinar si existe una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión,

*es preciso tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se haya sometido al órgano jurisdiccional nacional. Así, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre los elementos que pueden tomarse en consideración a este respecto, se encuentran el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01 y de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04).*

Como hemos visto, el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, también exige que cumplan esas tres condiciones. El problema es que cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucio-

nal, se requiere que concurren los requisitos del apartado 4 del artículo 32.4 de dicha Ley, entre los cuales no se pide cualificación especial alguna de la inconstitucionalidad de la norma. Ello podría ser contrario al principio de equivalencia, puesto que según reiterada jurisprudencia (sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* C-6/90 y C-9/90; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* C-224/01; de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales* C-118/08, y de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito y otros* C-160/14) en el marco de su autonomía procesal el Estado miembro debe observar el principio de equivalencia, "de manera que los requisitos sustanciales y formales establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños por infracciones del Derecho de la Unión no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna". El objeto de la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la inconstitucionalidad de una norma y el objeto de la reclamación derivada de la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea es el mismo, "a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado" (sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08).

Es doctrina reiterada que el respeto al principio de equivalencia exige que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. Sin embargo, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas las acciones entabladas en un determinado ámbito jurídico. Para comprobar si se respeta este principio, le corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único que conoce directamente la regulación de los recursos para obtener una restitución dirigidos contra el Estado, verificar si la regulación procesal destinada a garantizar, en Derecho interno, la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión otorga a los justiciables se atiene a este principio, y examinar tanto el objeto como los elementos esenciales de los recursos de carácter interno supuestamente similares. A este respecto, el órgano jurisdiccional nacional debe verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales (véase, en este sentido, las sentencias de 19 de julio de 2012, *Littlewoods Retail Ltd y otros*. 591/10 de 29 de octubre de 2009, *Pontin*, C-63/08).

Sí se respeta, por lo demás, el principio de equivalencia, cuando se establece como condición (artículo 32.5 de la Ley 40/2015) que "el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada", puesto que las condiciones son similares a las previstas para el supuesto de que la lesión sea consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada constitucional (artículo 32.4 de la Ley antes referida).

Ahora bien, exigir el agotamiento previo de las vías de recurso discutida en el litigio principal, tal vez no respetaría el principio de efectividad. Sí, se respetaría el principio de equivalencia pese a requerirse una previa sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea de la ley nacional, puesto que también se exige una sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley. Un inciso, el legislador español se expresa en este punto con impropiedad, el Tribunal de Justicia no tiene atribuida la potestad de declarar una ley interna contraria al Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia interpreta el Derecho europeo. Y dicho eso, nuevamente en este caso, lo que quizás no se respetaría sería el principio de efectividad, puesto que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* C-224/01, y de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* C-524/04). Ha de recordarse que, por lo que respecta a la aplicación del principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ha recordado en reiteradas ocasiones que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencias de 3 de septiembre de 2009, *Fallimento Olimpiclub* C-2/08; de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* C-40/08; de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* C-618/10; de 6 de octubre de 2015, *Târșia* C-69/14; de 11 de noviembre de 2015, *Klausner Holz Niedersachsen* C-505/14, y de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid EFC* C-49/14).

Por último, como antes decíamos, interesa también el artículo 34 de la Ley 40/2015, relativo a la indemnización, y más concretamente, el párrafo segundo del apartado 1 que establece que en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

La regla general, por tanto, es la de la limitación de los efectos temporales a los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia, y la excepción que la interpretación que en el ejercicio de su competencia lleva a cabo el Tribunal de Justicia tenga efectos "ex tunc". No es eso lo que viene afirmando el TJUE. Este sostiene, en aplicación del efecto directo y primacía del Derecho Comunitario, que la sentencia que declara el incumplimiento por parte de un Estado

Miembro tiene efectos "ex tunc" (cfr. sentencia de 6 de marzo de 2007, *Meilicke*, C-292/04, apartados 34 a 37) y, excepcionalmente, que solo el Tribunal de Justicia puede limitar los efectos temporales de sus sentencias. Lo que es regla, según la jurisprudencia comunitaria, se convierte en la normativa interna en excepción.

Para ir finalizando recogeremos los apartados 35, 42 y 43 de las Conclusiones del Abogado General Bobek, presentadas el 7 de septiembre de 2017, *Cussens y otros*, C-251/16, en la medida en que resumen el enfoque que se viene dando a esta cuestión por el Tribunal de Justicia:

35. En primer lugar, en cuanto a la aplicación en el tiempo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la norma general es la retroactividad eventual: el Tribunal de Justicia realiza una interpretación ex tunc de las disposiciones del Derecho de la Unión, que acto seguido es inmediatamente aplicable a todos los asuntos pendientes y con carácter excepcional, incluso a las decisiones firmes en los que sea pertinente aplicar la misma disposición. La jurisprudencia aclara y precisa el significado y alcance de las normas de Derecho de la Unión, tal como deben o habrían debido ser entendidas y aplicadas desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia del tribunal competente.

(...)

42. En ocasiones, el Tribunal de Justicia ha limitado en el tiempo los efectos de sus sentencias. Tales limitaciones son excepcionales. El Tribunal de Justicia sólo actúa de ese modo cuando lo exigen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica y siempre que se cumplan dos requisitos, a saber, «la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves [como consecuencia de la sentencia]». Cabe recordar asimismo que si ya existe jurisprudencia en la materia, el Tribunal de Justicia no impondrá tales limitaciones.

43. Todos estos requisitos y su aplicación tienen un rasgo en común: la previsibilidad. Esta es la razón por la que, por ejemplo, el Tribunal de Justicia puede imponer excepcionalmente limitaciones temporales sólo en el primer asunto en el que se interpretó la legislación, pero no en las decisiones ulteriores que confirman ese mismo enfoque. Por otro lado, debe reconocerse asimismo que, en general, cuanto más se aleje el Tribunal de Justicia, en su desarrollo de la legislación, del tenor concreto de las disposiciones interpretadas, probablemente más difícil resultará mantener la norma de la aplicación ex tunc plena de esas decisiones judiciales.

Ya veremos cómo evoluciona el procedimiento abierto a España. No es descartable, por lo demás, que el propio Tribunal Supremo acabe planteando cuestión prejudicial si llega a la conclusión de que algunos de los aspectos de la nueva regulación no son compatibles con el Derecho de la Unión Europea, como ya hiciera mediante Auto de 1 de febrero de 2008, recibido en el Tribunal de Justicia el 18 de marzo, C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, que fue resuelta por sentencia de 26 de enero de 2010.

Isaac Merino Jara

Director