

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València

-

Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho

Sumario

-

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en su sentencia de 28 de junio de 2022 que la legislación española reguladora de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de leyes contrarias al Derecho de la Unión no respeta en varios puntos el principio de efectividad. La necesidad de revisar y modificar dicha legislación ofrece una buena oportunidad de repensar la regulación de la responsabilidad civil del Estado por los daños causados por normas contrarias a Derecho. Tras analizar el origen, la evolución histórica y los notables defectos de esta regulación, el presente trabajo señala los pilares fundamentales sobre los que debería asentarse el futuro régimen jurídico de la referida responsabilidad.

Abstract

-

The Court of Justice of the European Union has held, in its judgment of 28 June 2022, that several Spanish legal rules governing the State's liability for damages caused by breaches of European Union Law attributable to the legislature violate the so-called principle of effectiveness. The need to review and amend the current Spanish legislation on this issue offers an excellent opportunity to rethink the regulation of the State's liability for damages caused by unlawful legal rules overall. After analyzing the origin, the evolution, and the shortcomings of this legislation, this paper analyzes the fundamental principles on which the future legal regime of the said liability should be based.

Title: *Rethinking State's liability for unlawful legislation*

-

Palabras clave: responsabilidad patrimonial del Estado, responsabilidad civil extracontractual, Derecho de la Unión Europea, responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho, principios de efectividad y equivalencia.

Keywords: *state liability, tort law, European Union law, state liability for losses caused by breaches of EU law attributable to the national legislature, principles of equivalence and effectiveness.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.06

-

4.2022

Recepción
13/09/2022

-

Aceptación
10/10/2022

-

Índice

-

1. *Introducción*

2. *Antecedentes*

2.1. La jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo

2.2. Críticas

2.3. Modulaciones jurisprudenciales

a. El Estado no responde cuando la sentencia anulatoria declara consolidadas ciertas situaciones nacidas al amparo de la ley inconstitucional

b. Daños causados por reglamentos ilegales

c. Daños causados por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea

2.4. La regulación establecida en las Leyes 39 y 40/2015

2.5. Modulaciones jurisprudenciales

a. Leyes autoaplicativas favorables

b. Concepto amplio de «recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»

c. Interpretación laxa del requisito de que se haya invocado que la norma en cuestión es contraria a Derecho

d. No necesidad de una previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

e. Suspensión del plazo de un año para exigir la responsabilidad

f. Momento de la producción del daño

2.6. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022

a. Vulneración del principio de efectividad

b. No vulneración del principio de equivalencia

3. *Pilares de una nueva regulación*

3.1. Minimizar los costes sociales de las normas contrarias a Derecho

3.2. Articulación eficiente de las acciones de tutela de los derechos lesionados

a. Tipos de acciones y posibilidades de coordinarlas

b. La acción resarcitoria opcional e independiente que el Tribunal Supremo se inventa en 2000

c. La acción resarcitoria subsidiaria e independiente que el legislador español consagra en 2015

d. La regla dominante en el Derecho español, el Derecho de la Unión europea y el Derecho comparado: la acción resarcitoria es subsidiaria y dependiente de las acciones que pueden utilizarse frente a la aplicación de la norma cuestionada

e. La tutela restitutoria es en principio preferible a la resarcitoria

f. La tutela plena e inmediata frente a las situaciones y los actos nacidos de la aplicación de la norma contraria a Derecho es siempre preferible a una ulterior tutela resarcitoria

g. Coherencia con los preceptos que disponen la conservación de ciertas situaciones nacidas de la aplicación de normas contrarias a Derecho

h. El carácter subsidiario y dependiente de la ulterior acción resarcitoria induce al perjudicado a escoger el tipo de tutela socialmente más eficiente

i. La revisión de situaciones firmes es siempre preferible a la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de éstas

j. Agregación, tramitación y resolución eficiente de los litigios masivos resultantes

- k. ¿De verdad es una carga desproporcionada para los afectados impugnar las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho? ¿De verdad genera una «litigiosidad desproporcionada»?
 - l. La regulación debería ser sustancialmente la misma para todas las normas contrarias a Derecho
- 3.3. Requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho
- a. Los requisitos deberían ser sustancialmente los mismos para todas las normas contrarias a Derecho
 - b. Responsabilidad objetiva o por negligencia
 - b.1. Las razones invocadas por los tribunales
 - b.2. Influencia sobre los niveles de cuidado y actividad de los implicados: teoría económica estándar
 - b.3. Influencia sobre la conducta de los agentes públicos
 - b.4. La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de actividad pública
 - b.5. La responsabilidad objetiva propicia, bajo ciertas condiciones, que los agentes públicos tomen precauciones inadecuadas
 - b.6. Influencia sobre la conducta de los potenciales perjudicados
 - b.7. Beneficios informacionales de la responsabilidad por negligencia
 - b.8. Fundamento jurídico-positivo de la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales
 - b.9. Responsabilidad y restitución
 - c. Violación de una norma que confiere derechos a los particulares afectados
 - d. Relación de causalidad

4. Conclusiones

5. Propuesta de lege ferenda

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La historia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas por los daños derivados de normas contrarias a Derecho está repleta de despropósitos, incoherencias y paradojas.

El despropósito principal y originario lo cometió el Tribunal Supremo en el año 2000, al consagrar en unos términos exageradamente generosos la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de una ley inconstitucional: publicada la sentencia que declara su invalidez, los interesados tienen un año para reclamar del Estado el resarcimiento de los daños que la ley les ocasionó, aunque ya haya prescrito el plazo para impugnar las situaciones o los actos nacidos de su aplicación, o a pesar de los hayan impugnado y obtenido una resolución desestimatoria firme.

La relevancia práctica de esta doctrina es inmensa. Es relativamente frecuente que una ley cause perjuicios a miles o incluso millones de personas antes de ser declarada inconstitucional. Además, los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo para justificar dicha solución son naturalmente aplicables a los casos de daños ocasionados por reglamentos ilegales o normas contrarias al Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE).

Esta jurisprudencia ha recibido fuertes aplausos (en su mayoría, de tributaristas), pero también severas críticas (en su mayoría, de otros iuspublicistas). Es posible que en esta llamativa división de opiniones por gremios¹ haya influido el hecho de que la mayor parte de los numerosísimos casos donde se exige esta responsabilidad, que pone en juego ingentes cantidades de dinero, ha sido llevada a los tribunales por abogados especializados en Derecho tributario. En una «ciencia» jurídica tan orientada hacia la abogacía y, por ello, tan expuesta a los sesgos crematísticos como la española², éste ha podido ser un factor relevante.

Quizás como consecuencia de esta división de opiniones, el Tribunal Supremo moduló luego su doctrina inicial con el objeto de restringir su alcance, pero sin abandonarla del todo. El Tribunal excluyó su aplicación a los reglamentos ilegales, a las normas contrarias al Derecho de la UE y a los casos en los que la sentencia que anula una ley inconstitucional declara explícitamente la conservación de algunas situaciones nacidas a su amparo. Para ello, el Tribunal Supremo tuvo que incurrir en flagrantes contradicciones e inconsistencias.

Tan es así que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) declaró en 2010 que la diferencia que nuestro Tribunal Supremo hacía entre las acciones de responsabilidad que traían su causa de una ley inconstitucional y las acciones análogas derivadas de una norma contraria al Derecho de la Unión carecía de justificación y constituía una vulneración de éste.

* El presente trabajo tiene su origen en una ponencia presentada el 14 de julio de 2022 en el seminario «Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: un nuevo reto impuesto desde Europa», organizado por el Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la Universidad Complutense de Madrid. Agradezco a la Directora del Instituto, la profesora Marien Aguilera Morales, la invitación, que me permitió conocer las enriquecedoras opiniones de los otros ponentes (los profesores Germán Fernández Farreres y Carmen Muñoz García) y asistentes (en particular, del profesor Ricardo Alonso García).

¹ Advertida por LITAGO LLEDÓ, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria: razones de su crisis actual y perspectivas de futuro», *Nueva Fiscalidad*, 1/2022, p. 95.

² Vid. ALFARO, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016.

El siguiente gran despropósito lo cometió el legislador español en 2015, al restringir todavía más la referida responsabilidad, pero sin abandonar totalmente la solución establecida por el Tribunal Supremo. La regulación se diseñó con una increíble torpeza, ignorando reglas reiteradamente afirmadas por el TJUE, como, por ejemplo, la de que no es necesario que este tribunal haya declarado la incompatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario para que nazca la obligación del Estado de resarcir los daños causados por ella.

Y el 28 de junio de 2022 se produce la gran paradoja. El TJUE considera que algunos preceptos de la regulación pergeñada por el legislador español vulneran el Derecho de la Unión, por hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil que, *en algunos casos*, el Estado resarza los daños causados por una ley contraria a este Derecho. Y ello a pesar de que (1) prácticamente todos los defectos que el TJUE le achaca a la legislación española habían sido «corregidos» por la interpretación que de ésta había hecho el Tribunal Supremo; y de que, (2) en líneas generales, nuestro Derecho todavía reconoce esta responsabilidad con una gran generosidad, en supuestos donde –salvo error mío– ningún país de la Unión Europea la admite con carácter general.

Parece claro que este revés judicial obliga al legislador español a regular de nuevo la responsabilidad de las Administraciones públicas por daños derivados de leyes contrarias al Derecho de la UE. Parece obvio también que es momento de hacer de la necesidad virtud. El legislador debería aprovechar la oportunidad para revisar y reformar profundamente la normativa aplicable en esta materia a fin de dejar definitivamente atrás los despropósitos, las inconsistencias y los varapalos judiciales de los últimos veintidós años. Tras hacer un repaso de lo acontecido en la materia durante estas dos décadas, el presente trabajo pretende poner de manifiesto las grandes líneas maestras a las que debería ajustarse dicha nueva regulación.

2. Antecedentes

2.1. La jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo

La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la aplicación de una ley contraria a Derecho es una creación de origen jurisprudencial (aunque tal vez fuera más exacto decir abogacil³). El Tribunal Supremo la alumbró en una serie de sentencias iniciada en el año 2000 y relativa a la llamada «tasa complementaria sobre el juego». El precepto legal que estableció este tributo fue declarado inconstitucional en 1996, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción para que los afectados solicitaran la devolución de los ingresos indebidos. Parecía, pues, que tanto los contribuyentes que no habían instado la devolución como los que, tras instarla, habían recibido resoluciones administrativas o judiciales denegatorias firmes ya no podrían lograr la restitución de las cantidades pagadas.

Sin embargo, muchos de ellos lo consiguieron mediante una acción de responsabilidad patrimonial formulada contra el Estado. El Tribunal Supremo declaró que los ciudadanos afectados por la aplicación de una ley luego declarada inconstitucional todavía podían exigir de la Administración, en el plazo de un año desde la publicación oficial de la sentencia constitucional anulatoria, el resarcimiento de los perjuicios que la aplicación de la ley inconstitucional les causó, aunque en su día no hubieran ejercido las acciones dirigidas al

³ Vid. SEGÚ VILLUENDAS, «Inconstitucionalidad de la Ley 5/1990. Responsabilidad del Estado Legislador», *La Ley*, 1997, t. I, pp. 2073-2078.

restablecimiento de sus derechos lesionados por la ley, o aunque las hubieran ejercido y hubieran obtenido una resolución administrativa o judicial desestimatoria firme⁴. El Alto Tribunal aducía los siguientes argumentos:

1º. El daño sufrido por los recurrentes era antijurídico, toda vez que el precepto legal en cuya aplicación padecieron un decremento patrimonial luego fue declarado inconstitucional⁵.

2º. La acción de responsabilidad es distinta e independiente respecto de la de revisión. La circunstancia de que los actos dictados al amparo de la ley inconstitucional hubiesen adquirido firmeza y siguiesen produciendo efectos jurídicos no quitaba que los perjuicios causados por la aplicación de esa ley fuesen antijurídicos y, por lo tanto, resarcibles. Y viceversa: *«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»*⁶.

3º. *«No puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional»*⁷. Para sostener esa afirmación, el Tribunal Supremo esgrime que: (i) *«la Ley... goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo»*; (ii) *«los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad»*; y (iii) obligarles a agotar todas las instancias para defenderse contra una ley inconstitucional generaría una *«situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable»*⁸.

4º. El plazo para exigir la reparación de los daños causados por la ley no empieza a correr hasta que no se publique oficialmente la sentencia que declara su inconstitucionalidad, pues sólo a partir de entonces los afectados pueden *«tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción»*⁹.

5º. El principio de seguridad jurídica no impone un deber de soportar estos daños. Este principio puede justificar la conservación de algunos actos dictados en aplicación de la ley

⁴ Vid., entre otras muchas, las SSTs (Cont.-adm.) de 29 de febrero de 2000 (ES:TS:2000:1574); 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836); y 15 de julio de 2000 (ES:TS:2000:5880).

⁵ STS (Cont.-adm.) de 29 de febrero de 2000 (ES:TS:2000:1574).

⁶ STS (Cont.-adm.) de 29 de febrero de 2000 (ES:TS:2000:1574).

⁷ STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836). En sentido similar, M. C. ALONSO GARCÍA, en ALONSO GARCÍA/MARTÍN DELGADO, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 108, 176 y 177; SÁNCHEZ PEDROCHE, «Próxima condena del TJUE al Reino de España por irresponsabilidad de su Estado legislador (o el permanente deseo de huida del derecho)», *Revista de Contabilidad y Tributación*, 469, 2022, p. 56; IBÁÑEZ GARCÍA, «¿Es negligente el ciudadano que no cuestiona la constitucionalidad de una ley o la contravención por la misma del Derecho europeo? De nuevo sobre el principio de fiabilidad del sistema legal y el grado de pericia exigible al sufrido contribuyente», *Diario La Ley*, 10118, 2022.

⁸ STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836). En sentido similar, entre otros, ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 257; MORENO QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 117 y 118.

⁹ STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836).

inconstitucional, pero no la exoneración del Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa¹⁰.

2.2. Críticas

Esta jurisprudencia recibió comentarios favorables¹¹, pero también duras críticas por parte de varios autores¹² y magistrados del propio Tribunal Supremo¹³. Yo mismo manifesté lo siguiente:

1º. Resulta contradictorio sostener que la resolución por la que se dispuso cierta transferencia patrimonial es firme, inimpugnable, obligatoria y sigue produciendo efectos jurídicos y, a la vez, afirmar la antijuridicidad de esta transferencia. Si la resolución es jurídicamente inatacable,

¹⁰ STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836).

¹¹ Vid., entre otros, GALÁN VIOQUE, «La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 41, 2001, pp. 155-187; GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES, «Los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley fiscal y la responsabilidad del Estado regulador», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 224, 2001, pp. 113-153; CHECA GONZÁLEZ, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley», *Cuestiones Constitucionales*, 12, 2005, pp. 131-157; MARTÍN QUERALT, «La ejecución de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: las peticiones de devolución y las acciones de resarcimiento», *Estudios de Derecho Judicial*, 143, 2007, pp. 289-332; MORENO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009; SIMÓN ACOSTA, «Los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria», en *Dal Diritto Finanziario al Diritto Tributario. Studi in onore di Andrea Amatucci*, Temis, Bogotá, 2011, vol. V, pp. 281-284; CALVO VÉRGEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la vulneración del ordenamiento jurídico comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*, pp. 243-277; MORENO QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Según ESCOBAR ROCA, «Responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad del estado de alarma (o cómo tomarse, de una vez por todas, el Estado constitucional de Derecho en serio)», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 4, 2020, p. 14, esta jurisprudencia es «valiente e ingeniosa»; detrás de su lógica «se encuentra la justicia material o, más exactamente, la necesidad de dotar de mayor eficacia a la misma Constitución».

¹² Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001, pp. 269-299; ÍDEM, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 22, 2003, pp. 577-596; ÍDEM, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11, 2005, pp. 13-28; MARTÍN REBOLLO, «Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 556, 2002; M. C. ALONSO GARCÍA, «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 215-240; ÍDEM, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en QUINTANA, Tomás y CASARES, Ana Belén (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, t. I, pp. 522 y 523); MESTRE DELGADO, «La responsabilidad patrimonial del legislador», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7, 2004; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, pp. 99-147; SESMA SÁNCHEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho comunitario. Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010», *Diario La Ley*, 7553, 2011; CAYÓN GALIARDO, «La responsabilidad patrimonial derivada de Leyes que vulneran el Derecho comunitario. Un planteamiento nuevo en la STS de 17 de septiembre de 2010», *Revista Técnica Tributaria*, 93, 2011, pp. 20-21; RUIZ LÓPEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el Derecho español», *Diario La Ley*, 8152, 2013; GONZÁLEZ ALONSO, «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución. Un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 381-429.

¹³ Vid. el voto particular de Agustín PUENTE PRIETO a la STS (Cont.-adm.) de 21 de junio de 2004 (ES:TS:2004:4315), luego reiterado en numerosas sentencias, y los votos particulares a la STS (Cont.-adm.) de 2 de junio de 2010 (ES:TS:2010:3898) de Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (al que se adhieren Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y Eduardo ESPÍN TEMPLADO), Manuel MARTÍN TIMÓN (al que se adhiere Emilio FRÍAS PONCE), Octavio Juan HERRERO PINA (al que se adhiere María del Pilar TESO GAMELLA), y Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ (al que se adhieren Ángel AGUALLO AVILÉS, María Isabel PERELLÓ DOMÉNECH y Eduardo ESPÍN TEMPLADO).

entonces la transferencia dispuesta expresa y directamente por ella debe ser soportada por la persona a cuyo cargo se hizo. El efecto jurídico de la resolución no es otro que el de prestar cobertura a determinados ingresos. Si un acto goza del respaldo del Derecho, entonces los ingresos hechos en su virtud deben considerarse debidos. No cabe calificar como antijurídico un decremento patrimonial explícitamente impuesto por un acto obligatorio e inimpugnable.

2º. Las acciones de revisión y las de responsabilidad no son totalmente ajenas e independientes la una de la otra. El ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas perjudicadas acciones que les permiten impugnar los actos dictados en aplicación de la ley inconstitucional, restablecer sus derechos y resarcir los perjuicios que éstos les han causado. A las víctimas se les puede exigir que traten de mitigar diligentemente, mediante tales acciones, los daños sufridos. Si no las ejercitan, las víctimas no pueden pretender luego obtener mediante una acción de responsabilidad lo mismo que pudieron haber reclamado y obtenido antes a través de aquéllas: el pleno resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Por otro lado, no cabe pretender mediante una acción de responsabilidad ulterior que se tome una medida que dejaría sin efecto jurídico práctico una resolución judicial o administrativa firme e inatacable, que puso fin a un procedimiento de impugnación en el que, conviene subrayarlo, es posible formular una pretensión resarcitoria.

3º. La jurisprudencia criticada frustra la consecución del resultado práctico perseguido por los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) que, en aras de la seguridad jurídica, disponen la conservación de ciertos actos y situaciones nacidos al amparo de una norma legal inconstitucional. Dicha jurisprudencia supone por ello una seria amenaza para otro de los objetivos buscados por tales disposiciones: el de evitar que el Tribunal Constitucional, a la vista de las demoleadoras consecuencias prácticas que podría tener una sentencia anulatoria, se resista de manera consciente o inconsciente a declarar la inconstitucionalidad de leyes en realidad contrarias a la Constitución, con el fin de evitar tales consecuencias.

4º. Recurrir los actos que aplicaron la ley inconstitucional no constituye una carga desproporcionada para los afectados. Aunque carezcan de legitimación para recurrir directamente las leyes, éstos siempre pueden impugnar tales actos, si consideran que lesionan sus derechos e intereses legítimos. La «presunción de validez» de las normas legales no constituye obstáculo alguno para que los jueces ordinarios protejan los derechos de los ciudadanos injustamente lesionados por ellas. Todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción, deben examinar la conformidad con la Constitución de las normas que han de aplicar. Y si consideran que una ley, de cuya validez depende el fallo que van a adoptar, vulnera la Constitución, no están simplemente facultados, sino obligados a elevar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

5º. El argumento de que imponer a los ciudadanos la carga de impugnar los actos dictados en aplicación de la ley inconstitucional fomenta una «litigiosidad desproporcionada» es falaz. Si los ciudadanos pretenden la tutela de sus derechos frente a una ley inconstitucional, no les quedará más remedio que reclamar en vía administrativa y, en su caso, litigar ante los tribunales. Así son las cosas tanto si ejercen las acciones de impugnación contra los actos dictados en aplicación de la ley como si utilizan la ulterior acción de responsabilidad que la jurisprudencia criticada admite.

En el primer caso, las reclamaciones y los litigios se plantearán antes de la anulación de la norma; en el segundo, después.

Es más, dicha jurisprudencia propicia seguramente un aumento de la litigiosidad, ya que es probable que detrás de cada anulación de una ley se levante una segunda ola de reclamaciones y litigios que se añade a la primera ola de los entablados antes de su anulación. Además, los pleitos de responsabilidad patrimonial a los que da lugar la jurisprudencia en cuestión tienen una peculiaridad que los hace especialmente indeseables: se concentran en los órganos superiores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo –sobre todo, en el Tribunal Supremo–, lo que propicia su saturación y los distrae del cumplimiento de la que es seguramente su más importante función: la formación de jurisprudencia.

2.3. Modulaciones jurisprudenciales

Es probable que el Tribunal Supremo no midiera inicialmente las indigeribles consecuencias prácticas que se derivaban de la doctrina expuesta. Seguramente por ello ésta fue objeto de ulteriores rectificaciones encaminadas a restringir su alcance.

a. *El Estado no responde cuando la sentencia anulatoria declara consolidadas ciertas situaciones nacidas al amparo de la ley inconstitucional*

Es relativamente frecuente que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la conservación de algunos de los efectos de las leyes que anula. En muchas sentencias declara, por ejemplo, que, por exigencia del principio de seguridad jurídica, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la anulación aquellas que, a la fecha de publicación de la sentencia, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre ellas¹⁴.

El Tribunal Supremo ha estimado que tales declaraciones constitucionales vedan no sólo las acciones de revisión de los correspondientes actos y sentencias, sino también las ulteriores acciones de responsabilidad por los daños ocasionados, pues «*entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional*»¹⁵.

La argumentación resulta sorprendente, pues la mayoría de los referidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional reproducen lo establecido en el artículo 40.1 LOTC respecto de la imposibilidad de «*revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes... inconstitucionales*». No se explica por qué se atribuye una consecuencia jurídica de tanta relevancia al hecho de que el Tribunal Constitucional repita lo que ya se establece en la LOTC. Tampoco se explica por qué el Tribunal Supremo no ve incompatibilidad entre su jurisprudencia y el artículo 40.1 LOTC. Si admitir las referidas acciones

¹⁴ Vid. RUIZ ALMENDRAL, «Los efectos variables de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas tributarias y la imprevisibilidad de sus consecuencias», *Nueva Fiscalidad*, 2/2021, pp. 73-109.

¹⁵ Vid. las SSTs (Cont.-adm.) de 1 de julio de 2003 (ES:TS:2003:4614); 8 de julio de 2003 (ES:TS:2003:4821 y ES:TS:2003:4830); 18 de septiembre de 2003 (ES:TS:2003:5560); 2 de febrero de 2004 (ES:TS:2004:552); 14 de junio de 2004 (ES:TS:2004:4069); 25 de febrero de 2011 (ES:TS:2011:1032); 27 de mayo de 2011 (ES:TS:2011:3183); y 11 de octubre de 2016 (ES:TS:2016:4498 y ES:TS:2016:4499). Sobre esta jurisprudencia, vid. DOMÉNECH PASCUAL, *Impuestos*, 11, 2005; y ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, pp. 18-27, quien estima que el Tribunal Supremo se ha apartado en alguna ocasión de ella.

de responsabilidad «desnaturalizaría» la decisión del Tribunal Constitucional y ésta es un trasunto del artículo 40.1 LOTC, ha de concluirse que admitir dichas acciones «desnaturalizaría» también lo dispuesto en este precepto legal.

La argumentación contradice ostensiblemente una de las razones medulares en las que se basaba la jurisprudencia original del Tribunal Supremo: la de que las acciones de revisión y responsabilidad son independientes entre sí. Si el resarcimiento de los perjuicios causados por la ley inconstitucional no afectaba ni privaba de efectos a las situaciones firmes surgidas de su aplicación, ¿por qué ahora se estima que ese resarcimiento sí desnaturaliza la firmeza de tales situaciones? Si el hecho de que los actos dictados al amparo de la ley inconstitucional hubiesen adquirido firmeza no impedía que los daños causados por su aplicación fuesen antijurídicos y resarcibles, ¿por qué ahora esa firmeza sí impide considerarlos como tales?

Por lo demás, esta jurisprudencia ha tenido una consecuencia práctica cuestionable. Al hacer depender de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional la conservación *efectiva* de las situaciones patrimoniales firmes nacidas al amparo de leyes inconstitucionales, dicha jurisprudencia convierte a este Tribunal en el único garante de esa conservación. Sólo si éste lo dispone explícitamente, quedarán *realmente* consolidados los efectos cuya firmeza establecen los artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC en aras de la seguridad jurídica y la economía procesal. Dicho de otra manera, sólo si este órgano jurisdiccional considera oportuno guardar silencio en este punto podrán los perjudicados por una ley inconstitucional reclamar del Estado el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por los actos firmes dictados en su aplicación¹⁶. Es probable que esto haya empujado al Tribunal Constitucional a incrementar considerablemente el número de tales pronunciamientos durante las dos últimas décadas, a la vista de las explosivas consecuencias que para aquellos principios jurídicos tendría su silencio¹⁷.

Pues bien, cabe poner en duda la conveniencia de que el Tribunal Constitucional monopolice o asuma un papel demasiado activo en la determinación de los perjuicios causados por una ley inconstitucional que no han de ser resarcidos por el Estado, solución a la que conduce la referida jurisprudencia¹⁸. Este Tribunal no siempre dispone de la información necesaria para juzgar adecuadamente y en abstracto sobre la suerte que han de correr las situaciones nacidas al amparo de las disposiciones anuladas. Cabe pensar que, en muchos casos, los tribunales ordinarios están mejor situados para efectuar ese juicio, a la vista de las concretas circunstancias de cada caso y de los preceptos de la Constitución y la LOTC.

b. Daños causados por reglamentos ilegales

La STS (Cont.-adm.) de 21 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4650) extiende la doctrina de la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales a un caso en el que el actor había efectuado ciertos ingresos tributarios en virtud de un reglamento seis años antes de que éste fuera anulado. El Tribunal argumenta que: (1º) el plazo de prescripción de cuatro años

¹⁶ DOMÉNECH PASCUAL, *Impuestos*, 11, 2005, pp. 27 y 28; GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016, p. 391.

¹⁷ Así lo advirtió tempranamente MESTRE DELGADO, *RGDA*, 7, 2004, p. 29.

¹⁸ Según ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, esta solución «*abre las puertas a un decisionismo del Tribunal Constitucional e implica una usurpación de funciones en toda regla*» (p. 16); compete a los tribunales ordinarios y no al Tribunal Constitucional decidir los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (p. 19). Vid., también, GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016, p. 421; RUIZ ALMENDRAL, *Nueva Fiscalidad*, 2/2021.

establecido para exigir la devolución de esos ingresos no opera cuando se ejerce la acción de responsabilidad con posterioridad a la anulación del reglamento; (2º) «*que un pago no pueda ser impugnado como ingreso indebido por haber expirado el plazo legalmente previsto para ello no significa, por sí sólo, que ese mismo pago no pueda constituir un daño indemnizable*»; y (3º) «*la recurrente no pudo ejercer su pretensión indemnizatoria con anterioridad [a la fecha en que la sentencia que anuló el reglamento] fue publicada y pudo ser conocida*».

Este último argumento es, desde luego, rechazable. Antes de que se publicara dicha sentencia, el recurrente podía haber obtenido la plena tutela de sus derechos y, en particular, la devolución de los ingresos indebidos a través del procedimiento legalmente previsto. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las correspondientes pretensiones de devolución están sin duda alguna obligados a inaplicar los reglamentos que consideren ilegales, aunque éstos todavía no hayan sido anulados con efectos generales¹⁹. Y, en mi opinión, tal obligación alcanza también a los órganos administrativos²⁰.

De todos modos, esta sentencia constituye un «accidente aislado»²¹. Tanto antes como después de ella, el Tribunal Supremo ha rechazado extender a los reglamentos ilegales su jurisprudencia relativa a los daños causados por leyes inconstitucionales²². A su juicio, «*la firmeza de los actos dictados en aplicación de [la disposición reglamentaria posteriormente anulada] hace estéril la acción de reclamación patrimonial ejercitada al no existir un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*»²³. Para llegar a esta conclusión se esgrimen los siguientes argumentos:

1º. El artículo 73 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) limita los efectos de la declaración de nulidad «*tan sólo a los actos o sentencias que no hayan adquirido firmeza*». En virtud de este precepto, los pagos firmes realizados por la recurrente no pueden verse afectados por la declaración de nulidad del reglamento considerado. Y «*los términos taxativos del precepto impiden incluso que se pueda hacer una declaración de nulidad implícita, a los efectos de la concurrencia de la responsabilidad*»²⁴.

2º. Con «*esa regulación limitativa del derecho de resarcimiento que impone el legislador... se pretende salvaguardar el principio de seguridad jurídica*»²⁵.

¹⁹ Vid. el art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

²⁰ DOMÉNECH PASCUAL, «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, 2001, pp. 59-106.

²¹ Aunque cabría entender que la STS (Cont.-adm.) de 1 de marzo de 2022 (ES:TS:2022:816) afirma, de manera incidental, la misma doctrina, en un caso muy singular.

²² Vid., entre otras, las SSTS (Cont.-adm.) de 13 de mayo de 1981 (ES:TS:1981:384) y 15 de junio de 1996 (ES:TS:1996:3675). En la doctrina, en sentido favorable a la extensión, GALÁN VIOQUE, «La anulación de un plan urbanístico como fuente de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 46, 2002, pp. 191-226. En contra, DOMÉNECH PASCUAL, *RArAP*, 22, 2003.

²³ STS (Cont.-adm.) de 24 de mayo de 2005 (ES:TS:2005:3340).

²⁴ SSTS (Cont.-adm.) de 23 de junio de 2022 (ES:TS:2022:2640) y 27 de junio de 20022 (ES:TS:2022:2708).

²⁵ SSTS (Cont.-adm.) de 23 de junio de 2022 (ES:TS:2022:2640) y 27 de junio de 20022 (ES:TS:2022:2708).

3º. La responsabilidad por leyes inconstitucionales y la responsabilidad por reglamentos ilegales son instituciones «bien distintas»²⁶. La diferencia estribaría, por un lado, en que los afectados pueden impugnar directa e indirectamente las disposiciones reglamentarias ante los tribunales, y obtener con ello «de manera inmediata un pronunciamiento sobre su legalidad y el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de los daños y perjuicios causados». Por otro lado, «si bien la declaración de nulidad de la disposición general tiene efectos erga omnes, ello no alcanza a los actos firmes y consentidos dictados a su amparo (art. 102.4 Ley 30/92 y 73 LJCA), de manera que el administrado afectado tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas de tal actuación administrativa que no resulta revisable ni afectada por aquella apreciación de ilegalidad de la norma que le sirve de amparo»²⁷.

Estos argumentos son muy endeble, por las siguientes razones:

1ª. El artículo 73 LJCA viene a establecer para los reglamentos una regulación muy similar a la que el artículo 40.1 LOTC prevé para las leyes. No se comprende, en consecuencia, por qué los «términos taxativos» del artículo 73 LJCA impiden que el Estado responda patrimonialmente por los pagos firmes efectuados en virtud de un reglamento posteriormente anulado y, en cambio, los términos equivalentes del artículo 40.1 LOTC no impiden que el Estado responda por los pagos firmes efectuados en virtud de una ley ulteriormente anulada.

2ª. Tampoco se comprende por qué el principio de seguridad jurídica justifica que se excluya el resarcimiento de los daños causados por los pagos firmes efectuados en virtud de un reglamento ilegal y, en cambio, no justifica que se excluya el resarcimiento de los daños causados por los pagos firmes efectuados en virtud de una ley inconstitucional.

3ª. Las diferencias entre el control judicial de los reglamentos y el de las leyes son menos significativas de lo que el Tribunal Supremo afirma.

Debe subrayarse, en primer lugar, que también las leyes pueden ser impugnadas indirectamente. Los ciudadanos afectados por una norma de rango legal pueden recurrir ante los tribunales ordinarios los actos dictados en su aplicación, aduciendo para ello que la norma aplicada es contraria a la Constitución²⁸. A través de este «recurso indirecto» contra las leyes inconstitucionales, los afectados tienen la posibilidad de obtener un pronunciamiento sobre la ilicitud de los referidos actos, el reconocimiento y restablecimiento de sus derechos y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. En este punto no hay diferencias significativas entre reglamentos y leyes. Cuando se cuestiona indirectamente la conformidad con la Constitución de una ley, el procedimiento es más complejo y lleva seguramente más tiempo que cuando se impugna un reglamento, pues en el primer caso es necesario elevar una cuestión de inconstitucionalidad y esperar a que ésta sea estimada. Pero en ambos casos el afectado puede obtener la plena tutela judicial de sus derechos lesionados por una norma inválida. Otra cosa es que los tribunales que le toquen en suerte cometan un error y consideren que la norma indirectamente impugnada es conforme a Derecho. Pero este riesgo es el mismo para leyes y reglamentos.

En segundo lugar, debe notarse que, frecuentemente, los afectados por un reglamento ilegal tampoco tienen la posibilidad de impugnarlo directamente. Así ocurre cuando se han

²⁶ SSTS (Cont.-adm.) de 24 de mayo de 2005 (ES:TS:2005:3340), 17 de junio de 2005 (ES:TS:2005:3961), 12 de julio de 2005 (ES:TS:2005:4712), 23 de junio de 2022 (ES:TS:2022:2640) y 27 de junio de 2002 (ES:TS:2022:2708).

²⁷ STS (Cont.-adm.) de 14 de noviembre de 2006 (ES:TS:2006:6827).

²⁸ STS (Cont.-adm.) de 31 de enero de 2017 (ES:TS:2017:221).

incorporado al círculo de sus destinatarios después de que haya transcurrido el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de su publicación, establecido para interponer el recurso directo.

En tercer lugar, en muchas ocasiones, los afectados muy difícilmente tienen *de facto* la posibilidad de recurrir directamente un reglamento, habida cuenta de la brevedad de aquel plazo de dos meses y de que los reglamentos no se notifican personalmente a todos sus destinatarios. Es muy improbable, por ello, que en esos dos meses los interesados sean capaces de detectar, comprender y recurrir preventivamente, antes de que se les apliquen, todos los reglamentos que lesionan sus derechos. Lo habitual es que los ciudadanos tengan conocimiento de las normas reglamentarias ilegales que les afectan y puedan impugnarlas efectivamente cuando éstas se les aplican individualmente, por lo general a través de actos administrativos que sí hay que notificarles.

c. *Daños causados por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea*

El Tribunal Supremo también se resistió inicialmente a indemnizar los daños por leyes contrarias al Derecho comunitario cuando habían prescrito los plazos para ejercer las acciones de impugnación contra los actos dictados en su aplicación o cuando los interesados habían utilizado los correspondientes medios de impugnación, pero habían obtenido una resolución administrativa o judicial desestimatoria firme²⁹. Para justificar que su doctrina sobre la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales no era trasladable a estos supuestos, el Tribunal da tres argumentos:

1º. La vulneración de legislación europea por una ley nacional «*es directamente invocable ante los tribunales españoles*». En estos casos, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de las leyes inconstitucionales, el afectado «*sí [es] titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario, que [debe] ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente*».

2º. La acción de responsabilidad se formula después de que el TJUE haya apreciado la infracción de la normativa comunitaria al resolver una cuestión prejudicial, «*que no acarrea per se la desaparición ex tunc de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la ley inconstitucional normalmente sean ex nunc correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso*».

3º. Con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, para que surja la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión han de concurrir tres requisitos: que la infracción sea suficientemente caracterizada; que se haya infringido una norma que confiere derechos a los particulares; y que exista un nexo de causalidad directo entre la ley en cuestión y el resultado dañoso producido. Este último requisito no concurre si el daño trae causa de un acto administrativo dictado en aplicación de esa ley.

Los tres argumentos son muy discutibles⁵⁰, por las siguientes razones:

²⁹ SSTS (Cont.-adm.) de 29 de enero de 2004 (ES:TS:2004:442) y 24 mayo de 2005 (ES:TS:2005:3321).

⁵⁰ En sentido similar, R. ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario», *Cuadernos de Derecho Local*, 19, 2009, pp. 181-184.

1ª. Como ya hemos visto, los afectados por una ley inconstitucional también pueden recurrirla indirectamente e invocar su inconstitucionalidad ante los tribunales. Y éstos también deben inaplicarla, si bien para ello han de elevar antes una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional y esperar a que ésta sea estimada. Nótese además que, en ocasiones, los tribunales ordinarios también pueden o incluso deben elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE antes de inaplicar la norma nacional contraria al Derecho de la Unión.

2ª. Los efectos jurídicos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional y del TJUE que declaran la invalidez de una ley son en realidad muy semejantes. En ambos casos, esa declaración suele tener una eficacia jurídica retroactiva limitada; no impide que se conserven algunas situaciones jurídicas nacidas al amparo de la ley en cuestión.

3ª. El Tribunal Supremo no explica por qué somete una acción de responsabilidad basada en el Derecho de la UE a condiciones más restrictivas que las previstas para acciones análogas basadas en el Derecho interno. Esa diferencia podría constituir una vulneración del llamado principio de equivalencia, que prohíbe que las acciones basadas en una violación del Derecho de la Unión se sometan a un régimen procesal menos favorable para sus titulares que las acciones análogas basadas en la infracción del Derecho interno.

De hecho, la STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08)⁵¹ considera que ambos casos son similares y merecen el mismo tratamiento en virtud del referido principio de equivalencia. A estos efectos es irrelevante la única diferencia existente entre ambos, consistente en que unas infracciones lo son de la Constitución y las otras del ordenamiento comunitario.

Seguidamente, el Tribunal Supremo se decantó por extender a las leyes contrarias al Derecho de la UE su jurisprudencia relativa a las leyes declaradas inconstitucionales⁵², a pesar de que también podía haber optado por «igualar por abajo», es decir, por extender a los daños causados por leyes inconstitucionales la regla que venía aplicando a las leyes contrarias al Derecho de la Unión⁵³. De este modo consagró la responsabilidad del Estado legislador con una extraordinaria amplitud, sin equivalente en el Derecho comparado. Como advirtió SESMA SÁNCHEZ, «ningún país de nuestro entorno [había] sido tan generoso ni [había] llegado tan lejos en la imputación de responsabilidad al Estado por actos dictados al amparo de una norma “ilegal” (sea por inconstitucionalidad o por infracción del derecho comunitario)»⁵⁴.

⁵¹ Sobre esta Sentencia y la posterior reacción del Tribunal Supremo, vid. M. C. ALONSO GARCÍA, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 12, 2010, pp. 74-81; PLAZA, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence. Going too far in *Transportes Urbanos*», *Review of European Administrative Law*, 3:2, 2010, pp. 27-51; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «“Igualar por abajo”. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, 38, 2011, pp. 141-171.

⁵² STS (Cont.-adm.) de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4976). A favor de esta solución, entre otros, MARTÍNEZ MUÑOZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho Comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010», *Crónica Tributaria*, 3, 2010, p. 49; SÁNCHEZ PEDROCHE, «IVA, violación del derecho de la UE y responsabilidad patrimonial del estado», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2011, pp. 123-140.

⁵³ Como postulaba, por ejemplo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *REDE*, 38, 2011.

⁵⁴ SESMA SÁNCHEZ, *Diario La Ley*, 7553, 2011. También CAYÓN GALIARDO, *RTT*, 93, 2011, pp. 20-21, se mostró crítico con el resultado y señaló la necesidad de «repensar» la doctrina del Tribunal Supremo en este punto.

La extensión se hizo, no obstante, con un importante matiz, con el que se reducía su alcance. El Tribunal Supremo consideró aplicables a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión los referidos requisitos consagrados por la jurisprudencia del TJUE: (1º) que se haya producido una infracción suficientemente caracterizada de (2º) una norma que confiere derechos a los particulares y (3º) que exista una relación de causalidad directa entre dicha infracción y el daño sufrido por la víctima³⁵. En la medida en que no era necesario que esta tríada concurren para declarar la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales, resultaba dudoso que tal diferencia fuera compatible con el principio de equivalencia³⁶.

2.4. La regulación establecida en las Leyes 39 y 40/2015

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), introducen en nuestro ordenamiento jurídico la primera regulación de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la UE.

En ambos supuestos, para que nazca el deber de indemnizar, deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que «*el particular no tenga el deber jurídico de soportar*»; y que el daño alegado sea «*efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*» (art. 32.3.II LRJSP). También en ambos casos, la responsabilidad queda sujeta a otros tres requisitos:

1º. La víctima debe haber «*obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad [o la infracción del Derecho de la UE] posteriormente declarada*» (arts. 32.4 y 32.5.I LRJSP).

2º. Sólo «*serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa*» (art. 34.1.II LRJSP). Con este último inciso se da a entender, pues, que dicho plazo puede reducirse todavía más, hasta desaparecer incluso, si el Tribunal Constitucional o el TJUE declaran como consolidadas ciertas situaciones nacidas en aplicación de la ley en cuestión. Cabe estimar que este inciso viene a dar un espaldarazo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ya se había pronunciado en este sentido³⁷.

3º. «*El derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea*» (art. 67.1.III LPAC).

³⁵ SSTs (Cont.-adm.) de 18 de enero de 2012 (ES:TS:2012:266), 28 de febrero de 2012 (ES:TS:2012:1245), y 12 de junio de 2012 (ES:TS:2012:4131).

³⁶ Vid. COBREROS MENDAZONA, «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, pp. 11-59.

³⁷ Vid. *supra*, 2.3.a.

Finalmente, y siguiendo la estela del Tribunal Supremo, el legislador sujeta la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho a la Unión Europea a tres requisitos adicionales: (1º) que se infrinja una norma europea que tenga «*por objeto conferir derechos a los particulares*»; (2º) que esa infracción sea «*suficientemente caracterizada*»; y (3º) que exista una «*relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares*».

Esta regulación ha sido duramente criticada. Se le ha reprochado que vulnera tanto el principio de *equivalencia*, al sujetar las acciones de responsabilidad basadas en una infracción del Derecho de la Unión a unas condiciones sustantivas más estrictas que las previstas para las acciones análogas basadas en una violación de la Constitución³⁸, como el principio de *efectividad*, al hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil que los perjudicados puedan obtener la tutela efectiva de sus derechos³⁹.

2.5. Modulaciones jurisprudenciales

El Tribunal Supremo ha interpretado estos requisitos en un sentido muy laxo y favorable a la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado⁴⁰.

³⁸ GALÁN VIOQUE, «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador», *Documentación Administrativa*, 2, 2015; GUICHOT REINA, «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», *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, 2016, pp. 49-101; M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, p. 170; IRANZO CEREZO, «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 2020, pp. 201-226; LEIVA LÓPEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 2021, pp. 193 y 194. Según COBREROS MENDAZONA (*RAP*, 196, 2015; y «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 315-339), esta diferencia no vulnera el principio de equivalencia, pero sí la regla, afirmada en alguna ocasión por el TJUE, según la cual la norma interna prevalece sobre la de la Unión Europea cuando la primera sujeta la responsabilidad del Estado a requisitos de fondo menos restrictivos que los previstos para casos análogos por la segunda.

³⁹ Vid., entre otros, GUICHOT REINA, *REDE*, 60, 2016; CAMPOS MARTÍNEZ, «La incidencia del artículo 32 de la Ley 40/2015 sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria. ¿Crónica de una muerte anunciada?», *Nueva Fiscalidad*, 5/2016, pp. 121-176; CALATAYUD PRATS, «La responsabilidad del estado legislador tributario», *Quincena Fiscal*, 12/2016, pp. 95-128; ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*, pp. 253-268; M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, pp. 176, 177 y 221; IRANZO CEREZO, *REDA*, 205, 2020; LEIVA LÓPEZ, *RCDP*, 63, 2021, pp. 193 y 194; SÁNCHEZ PEDROCHE, *RCT*, 469, 2022. Según GARCÍA DE LA ROSA, «La responsabilidad patrimonial del estado legislador por declaración de inconstitucionalidad de las leyes en la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 191, 2018, pp. 249-271, la regulación «*impone condiciones excesivamente rigurosas, que... despiertan dudas acerca de su compatibilidad con los principios constitucionales de responsabilidad y proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de igualdad ante la ley*». A favor de la nueva regulación, GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016; MORET MILLÁS/GATÓO JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, «La responsabilidad del Estado legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015», *Revista de las Cortes Generales*, 100-101-102, 2017, pp. 7-46.

⁴⁰ Sobre esta jurisprudencia, vid. LEIVA LÓPEZ, *RCDP*, 63, 2021; M. C. ALONSO GARCÍA, «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», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, 2021, quien concluye que, a pesar de la interpretación efectuada por el TS, la regulación de la responsabilidad patrimonial del legislador «*sigue siendo excesivamente compleja y onerosa para la mayor parte de los damnificados... [y] continúa sin satisfacer los parámetros constitucionales que requiere el principio de responsabilidad patrimonial y la efectividad de [su] derecho [a obtener una indemnización]*» (pp. 206 y 207).

a. *Leyes autoaplicativas favorables*

La STS (Cont.-adm.) de 27 de octubre de 2020 ([ES:TS:2020:3324](#)) enjuicia un caso en el que el Tribunal Constitucional había anulado, por falta de la extraordinaria y urgente necesidad para dictarlo, un decreto-ley que había reconocido a cierta empresa un derecho de cobro frente al Estado, derecho que luego había sido enajenado a las empresas actoras.

El Tribunal Supremo advierte que la regulación contenida en el artículo 32 LRJSP «*no ha contemplado el supuesto de leyes de carácter autoaplicativo que son declaradas inconstitucionales*» y, en particular, el caso en que «*la propia Ley genera un derecho en favor de los ciudadanos... y posteriormente esa ley es declarada inconstitucional, dejando ineficaz, por nulidad, el derecho que había originado*». El Tribunal señala que, en estos casos, el requisito de haber obtenido una sentencia firme desestimatoria contra la actuación administrativa que ocasionó el daño en aplicación de la ley inconstitucional y haber invocado su inconstitucionalidad es de imposible cumplimiento, pues aquí el daño no lo causó un acto administrativo. Además, no es razonable esperar que alguien impugne la aplicación de una ley que le favorece.

Por todo ello, el Tribunal interpreta el referido precepto conforme con el principio de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE. Y concluye que «*en aquellos supuestos en los que... la declaración de inconstitucionalidad [o violación del Derecho de la UE] se predique de una norma con rango de ley de aplicación directa, sin previa actividad administrativa, y reconociendo derechos favorables a los ciudadanos, no pueden exigirse los requisitos del artículo 32.4º [o art. 32.5º LRJSP] por ser de imposible cumplimiento*».

b. *Concepto amplio de «recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»*

El Tribunal también ha interpretado en sentido muy amplio esta expresión, a la que se refieren los artículos 32.4 y 32.5.I LRJSP. A su juicio,

«ha de entenderse que los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito estipulado en [estos preceptos], a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en [ellos] comprenden todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional. Y que entre estas formas de impugnación se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño»⁴¹.

⁴¹ SSTS (Cont.-adm.) de 14 de septiembre de 2020 ([ES:TS:2020:2922](#)), 5 de octubre de 2020 ([ES:TS:2020:3311](#)), 7 de octubre de 2020 ([ES:TS:2020:3313](#)) y 19 de octubre de 2020 ([ES:TS:2020:3391](#)).

c. *Interpretación laxa del requisito de que se haya invocado que la norma en cuestión es contraria a Derecho*

El Tribunal Supremo ha declarado incidentalmente que esta invocación «*podrá hacerse en cualquiera de las instancias administrativas o jurisdiccionales que la impugnación comporta*». Y, además, no hace falta que la infracción sea alegada por el perjudicado; «*nada impide que sea el mismo Tribunal o incluso el mismo órgano administrativo que conozca de las impugnaciones el que la suscite*»⁴².

d. *No necesidad de una previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El Tribunal Supremo ha advertido que, si bien el artículo 32.6 LRJSP parece condicionar la responsabilidad del Estado por los daños causados por leyes contrarias al Derecho de la UE a que una sentencia del TJUE haya declarado la infracción, también es cierto que «*no se impone esa exclusividad en el precepto de manera expresa y parece que al fijar el mencionado plazo, lo que hace el Legislador es acoger la hipótesis más normal*». Y añade incidentalmente que la infracción del Derecho de la Unión «*puede ser también declarada por los Tribunales nacionales, posibilidad que no es admisible en el supuesto de esta responsabilidad por una ley inconstitucional*»⁴³.

e. *Suspensión del plazo de un año para exigir la responsabilidad*

Según el Tribunal Supremo, cuando la sentencia firme desestimatoria que, según el artículo 32 LRJSP, debe haber obtenido la víctima se dicta después de transcurrido el plazo de un año desde la publicación oficial de la sentencia del TJUE por la que se declara la correspondiente infracción, este plazo debe computarse no desde dicha publicación –como prevé el art. 67.1.III LPAC–, sino desde que aquella sentencia desestimatoria adquirió firmeza. Para justificar esta solución, el Tribunal señala que «*en otro caso, el derecho de resarcimiento quedaría ineficaz y, además, siendo esa firmeza presupuesto del ejercicio del mismo, dicha interpretación es acorde a la romanista doctrina de la “actio nata” que rige en materia de prescripción*»⁴⁴.

f. *Momento de la producción del daño*

Recordemos que el artículo 34.1.II LRSJP dispone que sólo «*serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa*».

A juicio del Tribunal Supremo, «*el momento en el que se entiende que se ha producido un daño indemnizable por responsabilidad patrimonial del Estado legislador*» no es aquel en el que se aplica inicialmente la norma contraria a Derecho, sino uno posterior: el de la fecha en que se dicta y

⁴² STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936).

⁴³ STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936).

⁴⁴ STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936).

notifica «la sentencia firme desestimatoria de un recurso, en cualquier instancia, contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»⁴⁵.

2.6. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022

Esta sentencia⁴⁶ estima parcialmente un recurso de incumplimiento interpuesto contra el Reino de España por la Comisión Europea, que alegaba que varios de los requisitos a los que la LRJSP y la LPAC sujetan la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la UE vulneran los principios de efectividad y equivalencia.

a. Vulneración del principio de efectividad

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TJUE, este principio exige que los requisitos procesales establecidos por las legislaciones nacionales para exigir responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por infracciones del Derecho de la UE no pueden articularse de manera que hagan «en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los particulares» este Derecho (§ 59 de la Sentencia).

El Reino de España esgrimía fundamentalmente dos argumentos para defender que nuestro ordenamiento jurídico sí permite a los particulares lesionados por una ley contraria al Derecho de la UE obtener la tutela de sus derechos. El primero es que la regulación cuestionada constituye una «cláusula de cierre del sistema jurídico español», a la que sólo se recurre con carácter residual o final para obtener el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la UE. En este sistema hay otros procedimientos y cauces mediante los cuales los afectados pueden obtener el pleno restablecimiento de sus derechos en tales casos. Considerado en su conjunto, nuestro Derecho satisface en esta materia las exigencias del principio de efectividad (§§ 37-52). El segundo argumento es que el Tribunal Supremo español –como hemos comprobado– ha interpretado de manera flexible varios de los requisitos establecidos en la LRJSP y la LAPC para exigir la referida responsabilidad del Estado (§§ 80, 121, 131 y 137).

El TJUE, sin embargo, estima que, a la vista de la información aportada en el proceso, no puede afirmarse que dicho sistema permita a los particulares obtener siempre y en todo caso el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción legislativa del Derecho de la Unión (§§ 62-82). Además, la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo no garantiza con la certeza requerida que el sistema español satisfaga las exigencias del principio de efectividad (§ 81). Así las cosas, el TJUE considera que vulneran este principio:

1º. El «requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada».

⁴⁵ STS (Cont.-adm.) de 25 de junio de 2020 (ES:TS:2020:2353). Vid., también, la STS (Cont.-adm.) de 14 de septiembre de 2020 (ES:TS:2020:2922)

⁴⁶ *Comisión Europea c. Reino de España*, C-278/20, comentada por GÓMEZ LIGÜERRE, «Legislador legislado (en parte)», *InDret*, 3/2022; GARCÍA MORENO, «¿Es necesaria una acción directa de responsabilidad contra el Estado ejercitable ante un juez? Análisis de la STJUE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Carta Tributaria*, 88, 2022; y, en un sentido muy crítico, por FERNÁNDEZ FARRERES, «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)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221, 2022.

Este requisito es palmariamente contrario al Derecho de la Unión. El TJUE ya había declarado en varias ocasiones que *«supeditar la reparación, por un Estado miembro, del daño que haya causado a un particular al infringir el Derecho de la Unión a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho de la Unión imputable a dicho Estado miembro es contrario al principio de efectividad»* (§ 104).

2º. El *«requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnabile»*.

Nótese que el TJUE no declara que el requisito de haber impugnado la actuación administrativa que ocasionó el daño y obtenido una sentencia desestimatoria firme sea en sí mismo contrario al principio de efectividad. Lo que considera contrario a este principio es que la legislación española no haya previsto una excepción para los casos de leyes autoaplicativas u omisiones legislativas, en los que no existe una actuación administrativa impugnabile dictada en aplicación de la ley⁴⁷.

3º. El sometimiento de la acción de responsabilidad a un *«plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia»*.

El TJUE tampoco declara que supeditar el ejercicio de la acción de responsabilidad a un plazo de prescripción de un año sea contrario al principio de efectividad. Lo que dice es que resulta incompatible con este principio que tal plazo empiece a contarse siempre desde que se publica la sentencia del TJUE que declara la infracción legislativa del Derecho de la Unión y no se haya previsto una excepción para los casos en los que no exista esta sentencia.

4º. El *«requisito de que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación, salvo que la sentencia disponga otra cosa»*.

El TJUE advierte que dado que la responsabilidad del Estado *«no puede estar subordinada, sin vulnerar el principio de efectividad, al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trate... la publicación de tal sentencia en el Diario Oficial tampoco puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción que tiene por objeto exigir la responsabilidad patrimonial de dicho legislador por las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables»* (§ 159).

b. No vulneración del principio de equivalencia

Recordemos que el artículo 33.5 LRJSP subordina la responsabilidad patrimonial del Estado por la vulneración del Derecho de la Unión a tres requisitos *sustantivos* que no han de concurrir para que surja la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales.

⁴⁷ Vid. algunos ejemplos de daños ocasionados por la aplicación no administrativa de una ley contraria al Derecho de la Unión en M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, pp. 61-74; MUÑOZ GARCÍA, *Responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares por incumplimiento judicial del Derecho Europeo. Una tutela indirecta del consumidor frente a las cláusulas abusivas*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 203-235.

De acuerdo con una interpretación estricta, el principio de equivalencia sólo exige que el *régimen procesal* establecido por los legisladores nacionales no sea menos favorable que el previsto respecto de acciones análogas basadas en el Derecho interno. Sin embargo, la referida Sentencia de 28 de junio de 2022 señala que el TJUE «*ha precisado en numerosas ocasiones que son tanto los requisitos de forma como los de fondo establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños causados por los Estados miembros como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión los que, en particular, no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de carácter interno*» (§ 184). Ahora bien –aclara el TJUE–, «*esta precisión se refiere siempre a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños una vez que el derecho a ser resarcido haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión*» (§ 184).

Por todo ello, el TJUE considera que la legislación española enjuiciada no vulnera el principio de equivalencia, en la medida en que el derecho a ser resarcido con arreglo al Derecho de la Unión sólo nace si concurren los tres requisitos citados⁴⁸.

3. Pilares de una nueva regulación

3.1. Minimizar los costes sociales de las normas contrarias a Derecho

El legislador debería analizar rigurosamente los efectos que respecto de los intereses legítimos en juego pueden tener las distintas reglas aplicables en esta materia, y escoger aquellas que maximicen la satisfacción efectiva del conjunto de tales intereses. Dicho con otras palabras, debería establecer las reglas que minimicen el conjunto de los costes sociales derivados de la posibilidad de que los poderes públicos adopten normas contrarias a Derecho. Entre estos costes destacan los siguientes:

1º. *Costes directos*. Esta expresión designa el daño o la pérdida de utilidad que la infracción provoca de manera inmediata a determinadas personas. Piénsese, por ejemplo, en el sobreprecio que han de pagar los consumidores de un producto como consecuencia de la prohibición ilegal de importarlo.

2º. *Costes de prevención*. Este término designa los costes de las actividades dirigidas a prevenir daños causados por una norma contraria a Derecho. Con este fin, las autoridades competentes pueden elevar su nivel de cuidado o reducir su nivel de actividad normativa. Es decir, pueden tomar costosas precauciones encaminadas a reducir el riesgo de aprobar una norma ilegal y dañosa (v. gr., recabar informes de órganos consultivos, elaborar memorias de análisis de impacto normativo, dar audiencia a las personas afectadas, etc.). O simplemente pueden no aprobar ciertas normas, lo que igualmente entraña costes.

Las potenciales víctimas también tienen la posibilidad de adoptar medidas costosas dirigidas a prevenir o mitigar los daños ocasionados por una norma antijurídica. Por ejemplo, con el objeto de evitar pagar un impuesto en aplicación de un reglamento ilegal, un particular puede

⁴⁸ Vid. la crítica de IGLESIAS SÁNCHEZ, «The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles (Commission v Spain (C-278/20))», *EU Law Live*, 20 de julio de 2022.

recabar el asesoramiento de un experto en Derecho tributario o abstenerse de realizar la actividad socialmente valiosa que ese impuesto grava.

3º. *Costes de gestión*. Estos son los costes que implica tramitar los procedimientos (v. gr., de revisión, devolución de ingresos indebidos, exigencia de responsabilidad, etc.) que hay que llevar a cabo para aplicar las reglas que se establezcan en esta materia. Tanto el Estado como los perjudicados necesitan destinar una nada desdeñable cantidad de recursos a la realización de las actividades en las que consisten estos procedimientos.

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por normas contrarias a Derecho puede reducir (o incrementar) esos costes a través de al menos cuatro vías:

1ª. Puede proporcionar *incentivos a los agentes públicos* para que adopten medidas encaminadas a reducir la probabilidad y la gravedad de tales daños (v. gr., para que observen ciertos trámites antes de aprobar una norma con el fin de garantizar su legalidad o se abstengan de aprobar normas cuya legalidad es muy discutible).

2ª. Puede suministrar *incentivos a las potenciales víctimas* para que adopten medidas dirigidas a prevenir y mitigar los daños en cuestión y se abstengan de realizar actividades socialmente disvaliosas.

3ª. Puede generar *información* acerca de qué medidas de precaución debe adoptar el Estado para minimizar el riesgo de aprobar una norma contraria a Derecho.

4ª. Puede contener reglas sustantivas y procesales tendentes a reducir los *costes de los procedimientos* dirigidos a tutelar los derechos afectados.

3.2. Articulación eficiente de las acciones de tutela de los derechos lesionados

a. Tipos de acciones y posibilidades de coordinarlas

Los ciudadanos tienen a su disposición varios remedios o acciones para obtener la tutela de sus derechos lesionados por una norma contraria al ordenamiento jurídico. En particular, pueden pretender:

1º. En algunos casos, la anulación –declaración de invalidez con efectos generales y definitivos– de la correspondiente norma⁴⁹.

2º. La declaración de que los actos de aplicación de la norma son contrarios a Derecho, porque ésta lo es igualmente⁵⁰. Tales actos pueden ser administrativos, judiciales o incluso privados (sería el caso, por ejemplo, de las autoliquidaciones tributarias).

3º. La adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de las resoluciones que se dicten en los procedimientos de impugnación de la norma o de sus actos de aplicación.

⁴⁹ Art. 25 LJCA.

⁵⁰ Vid., especialmente, los arts. 31.1 y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

4º. El «reconocimiento de una situación jurídica individualizada» y la adopción de las medidas adecuadas para su «pleno restablecimiento»⁵¹ y «conservación»⁵². Estas medidas proporcionan al afectado lo que podríamos denominar la tutela «restitutoria» de sus derechos.

5º. Una indemnización por los daños y perjuicios causados por los actos de aplicación de la norma⁵³, lo que podríamos denominar «tutela resarcitoria» o «acción de responsabilidad».

Estos remedios pueden ser coordinados de diversas maneras. El legislador ha previsto expresamente la posibilidad de formular, simultánea o sucesivamente, diversos tipos de pretensiones de tutela en relación con una misma actuación. Por ejemplo, el artículo 31 LJCA dispone que el demandante, en un recurso contencioso-administrativo, puede pretender: que se declare que un acto o disposición no es conforme a Derecho; el reconocimiento de una situación jurídica individualizada; la adopción de medidas adecuadas para su pleno restablecimiento; y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

El artículo 34 LJCA deja claro que todas esas pretensiones son acumulables en un proceso si se deducen en relación con un mismo acto, disposición o actuación, o se refieren a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.

De la lectura conjunta de los artículos 31 y 34 LJCA y del artículo 67.1.II LPAC se desprende, asimismo, que esas pretensiones pueden ser coordinadas al menos de dos maneras. El actor puede formularlas simultáneamente en la demanda o presentar primero las pretensiones declarativas y restitutorias y, si éstas tienen éxito, interponer después una solicitud resarcitoria, dentro del año posterior a la notificación de la resolución anulatoria.

b. La acción resarcitoria opcional e independiente que el Tribunal Supremo se inventa en 2000

El Tribunal Supremo abre en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego otra posibilidad de coordinación de acciones que no estaba prevista específicamente por la legislación a la sazón vigente. Recordemos: los ciudadanos perjudicados por la aplicación de una ley inconstitucional pueden exigir de la Administración, en el plazo de un año desde la publicación oficial de la sentencia anulatoria, el resarcimiento de los perjuicios que la aplicación de esa norma les ha causado, aunque no hayan agotado previamente los remedios dirigidos al pleno restablecimiento de sus derechos lesionados por esa aplicación, o aunque los hayan agotado sin éxito y hayan recibido una resolución desestimatoria firme.

Esta acción de responsabilidad civil tiene dos importantes rasgos. El primero es que da a los perjudicados por la aplicación de la norma cuestionada una suerte de «segunda oportunidad». Les permite obtener algo –neutralizar los perjuicios ocasionados por esa aplicación– que hubieran podido alcanzar antes, si hubieran ejercido las acciones –declarativas, restitutorias y resarcitorias– legalmente previstas contra los actos de aplicación de la norma y los órganos competentes hubieran resuelto los correspondientes procedimientos conforme a Derecho. Se

⁵¹ En palabras del art. 31.2 LJCA.

⁵² En palabras del art. 55.1.c) LOTC.

⁵³ Art. 31.2 *in fine* LJCA.

trata, pues, de un remedio *alternativo u opcional*. Los afectados pueden optar entre: utilizar sólo los remedios jurídicos disponibles contra esos actos; utilizar sólo el remedio resarcitorio posterior; o utilizar sucesivamente ambos.

En segundo lugar, esta acción de responsabilidad es totalmente *independiente* de las acciones dirigidas contra los actos de aplicación de la norma cuestionada. El resultado de aquélla no viene condicionado en modo alguno por el de éstas. El hecho de que el procedimiento dirigido contra uno de esos actos haya terminado con una resolución firme por la que se declara que tanto ese acto como la norma aplicada son conformes a Derecho no impide en modo alguno que el órgano que conoce de la ulterior acción resarcitoria declare lo contrario.

c. La acción resarcitoria subsidiaria e independiente que el legislador español consagra en 2015

El artículo 32 LRJSP configura con un carácter subsidiario e independiente la acción de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de leyes contrarias a Derecho. La acción es subsidiaria en el sentido de que los particulares perjudicados sólo pueden ejercitarla si antes han recurrido las actuaciones administrativas de aplicación de la ley y han obtenido una sentencia firme desestimatoria. Y es independiente en la medida en que el hecho de que en esta sentencia firme se considerara que la ley aplicada se ajustaba al ordenamiento jurídico no impide que, posteriormente, el órgano que conoce de la acción de responsabilidad declare lo contrario.

Salvo error mío, tanto esta acción como la que el Tribunal Supremo se inventó en el año 2000 carecen de equivalente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE.

d. La regla dominante en el Derecho español, el Derecho de la Unión europea y el Derecho comparado: la acción resarcitoria es subsidiaria y dependiente de las acciones que pueden utilizarse frente a la aplicación de la norma cuestionada

Según esta regla, los perjudicados por la aplicación de una norma contraria a Derecho no pueden exigir de la Administración el resarcimiento de los perjuicios que ésta les ha causado, si en su día no utilizaron los remedios jurídicos disponibles para lograr el pleno restablecimiento de sus derechos lesionados por dicha aplicación o los utilizaron y obtuvieron una resolución desestimatoria firme, aunque luego se haya declarado la invalidez de la norma.

El remedio resarcitorio posterior es, por lo tanto, subsidiario y dependiente de las acciones declarativas, restitutorias y resarcitorias que cabe ejercer contra la aplicación de la norma contraria a Derecho. Es subsidiario porque los perjudicados sólo pueden utilizarlo en el caso de que estas acciones no ofrezcan la posibilidad de lograr la tutela plena y efectiva de sus derechos. Si los afectados hubieran podido alcanzar este objetivo mediante dichas acciones y, pese a ello, no las ejercitaron, luego no pueden exigir el resarcimiento de los perjuicios sufridos mediante una ulterior acción de responsabilidad.

Y es dependiente porque el resultado de esta posterior acción de responsabilidad está en función del resultado de las previas acciones declarativas, restitutorias y resarcitorias dirigidas contra los actos de aplicación de la norma considerada. Si, al conocer de estas acciones, un órgano administrativo o jurisdiccional declara, mediante resolución firme, que la norma cuestionada y

su aplicación son conformes a Derecho y, por consiguiente, el perjuicio ocasionado no es antijurídico, no ha lugar a una ulterior responsabilidad.

El Tribunal Supremo español ha aplicado esta regla a: las leyes inconstitucionales, cuando la sentencia que las anula declara consolidadas las situaciones y los actos firmes originados en su aplicación⁵⁴; las leyes contrarias al Derecho de la UE, hasta el giro jurisprudencial provocado por la STJUE *Transportes Urbanos*⁵⁵; y los reglamentos ilegales, con alguna excepción muy puntual⁵⁶. Y también la ha aplicado, inexplicablemente, a otros supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador⁵⁷, en flagrante contradicción con lo declarado en sentencias coetáneas.

Ésta es también la regla que se aplica en nuestro Derecho, con carácter general, a los actos administrativos inválidos. Si el particular lesionado en sus derechos por una resolución administrativa ilegal renuncia a impugnarla, luego no puede exigir una indemnización por los perjuicios que ésta le ha ocasionado⁵⁸: «*la pretensión de indemnización viene condicionada a que se obtenga una declaración de no conformidad a Derecho de los actos recurridos*»⁵⁹.

El mismo modelo rige también, hasta donde conozco, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁶⁰ y, desde luego, en el Derecho de la UE.

En el Derecho alemán, por ejemplo, el parágrafo 839.III del Código Civil dispone respecto de la responsabilidad civil extracontractual del Estado que «*la obligación de indemnizar no nacerá si el perjudicado se ha abstenido, con dolo o culpa, de evitar el daño mediante el ejercicio de una acción jurídica*». Este precepto consagra expresamente una de las más importantes manifestaciones del «principio de prevalencia de la tutela jurídica primaria» (*Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes*)⁶¹.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas entienden que dicha regla es, asimismo, una manifestación del deber general que el parágrafo 254 del Código Civil impone a las víctimas de un daño de adoptar medidas razonables dirigidas a mitigarlo. Pero también se ha señalado que cuenta con un fundamento constitucional, en la medida en que puede derivarse de los principios de tutela judicial efectiva y legalidad (o Estado de Derecho). La inexistencia de aquella regla socavaría el principio de legalidad, al propiciar que se consolidaran situaciones contrarias al ordenamiento jurídico a cambio de un precio (la indemnización). Dicha prevalencia protege también los plazos de impugnación de las resoluciones administrativas y su firmeza, que serían burlados si no existiera la limitación de la responsabilidad patrimonial impuesta por el referido

⁵⁴ Vid. *supra*, 2.3.a).

⁵⁵ Vid. *supra*, 23.c).

⁵⁶ Vid. *supra*, 2.3.b).

⁵⁷ SSTs (Cont.-adm.) de 22 de septiembre de 2014 (ES:TS:2014:3716) y 14 de noviembre de 2019 (ES:TS:2019:3639).

⁵⁸ STS (Cont.-adm.) de 18 de septiembre de 1995 (RJ Aranzadi 6731).

⁵⁹ STS (Cont.-adm.) de 2 de octubre de 2000 (ES:TS:2000:6970).

⁶⁰ Vid. algunas referencias en WATTEL, «National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?», *Legal Issues of Economic Integration*, 35(2), 2008, pp. 109-132.

⁶¹ Vid., por todos, ROHLFING, *Amtshaftung*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2015, pp. 435-444; ACKER, «Vorrang des Primärrechtsschutzes: Analyse und Bewertung dieses Grundsatzes im Staatshaftungsrecht», *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 21:22, 2021, pp. 641-646.

principio. Además, cabe estimar que el ciudadano se beneficia también de la tutela primaria, pues ésta le coloca en la situación que le corresponde conforme a Derecho. En definitiva, la prevalencia de la tutela jurídica primaria pone tanto al Estado como al ciudadano en una situación mejor que aquella en la que ambos se encontrarían si tal prevalencia no existiera.

En la misma línea, en relación con los daños ocasionados por actos de las Instituciones europeas contrarios al Derecho comunitario, el TJUE ha dejado sentado en numerosas ocasiones que: «*El Tribunal no puede, por medio de un recurso de responsabilidad, adoptar medidas que aniquilarían los efectos jurídicos de una decisión que no ha sido anulada*»⁶². No cabe estimar un recurso de responsabilidad que «*tiende al pago de una suma cuyo montante se corresponde exactamente con el de los derechos pagados por el recurrente en ejecución de una decisión individual y en el que, por lo tanto, el recurso de responsabilidad tiende, en realidad, a la retirada de esa decisión individual*»⁶³. Si el perjudicado ha podido evitar el perjuicio atacando en tiempo hábil los actos de que se trata y no lo ha hecho, luego no puede reparar esta omisión y procurarse un nuevo recurso por la vía de una demanda de responsabilidad⁶⁴.

El Abogado General POIARES MADURO⁶⁵ invocaba precisamente esta jurisprudencia para argumentar que la regla del agotamiento previo de los recursos que el Tribunal Supremo español aplicaba inicialmente a los daños causados por leyes contrarias al Derecho de la Unión *no* era contraria al principio de efectividad:

«Se desprende de un principio general común a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁶⁶ que la determinación del perjuicio indemnizable por el juez nacional puede realizarse en función de la diligencia razonable manifestada por la persona perjudicada para limitar el alcance del perjuicio, es decir, el ejercicio, por parte de ésta, en tiempo oportuno de todas las acciones que en Derecho le correspondían para evitar el perjuicio o limitar su alcance⁶⁷.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que la admisibilidad de un recurso de responsabilidad extracontractual de la Comunidad puede someterse al agotamiento de las vías de recurso internas abiertas para obtener la anulación de la medida nacional origen del perjuicio, siempre que estas vías de recurso nacionales conduzcan a la reparación del daño alegado⁶⁸; y, por otro lado, que el recurso de indemnización interpuesto contra la Comunidad es inadmisibile cuando tiene por objeto la misma ilegalidad y persigue los mismos fines pecuniarios que el recurso de anulación del acto de la institución que causa el perjuicio y que la persona afectada ha omitido

⁶² STJUE de 15 de julio de 1963 (*Plaumann*, 25/62).

⁶³ STJUE de 26 de febrero de 1986 (*Krohn*, 175/84).

⁶⁴ STJUE de 12 de diciembre de 1967 (*Collignon*, 4/67). *Vid.*, también, las SSTJUE de 15 de diciembre de 1966 (*Schreckenber*, 59/65) y 12 de noviembre de 1981 (*Birke*, 543/79) y el Auto del TJUE de 26 de octubre de 1995 (*Pevasa e Impesca*, 199 y 200/94 P).

⁶⁵ Conclusiones de 9 de julio de 2009 (*Transportes urbanos*, C-118/08, § 20).

⁶⁶ Cita la STJUE de 19 de mayo de 1992 (*Mulder y otros/Consejo y Comisión*, C-104/89 y C-37/90, § 33).

⁶⁷ Cita las SSTJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, §§ 84 y 85); 8 de marzo de 2001 (*Metallgesellschaft y otros*, C-397/98 y C-410/98, § 101); 13 de marzo de 2007 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, §§ 124) y 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, C-445/06, §§ 60 a 62).

⁶⁸ Cita las SSTJUE de 26 de febrero de 1986 (*Krohn Import-Export/Comisión*, 175/84, § 27; 29 de septiembre de 1987 (*De Boer Buizen/Consejo y Comisión*, 81/86, § 9); y 30 de mayo de 1989 (*Roquette Frères/Comisión*, 20/88, § 15).

*interponer en tiempo útil*⁶⁹. Ello es así, en ambos casos, si el importe de la indemnización reclamada corresponde al importe de la cantidad que la autoridad nacional o comunitaria ha percibido al infringir el Derecho comunitario. De este modo, el Tribunal de Justicia opone de alguna manera al recurso de indemnización una excepción de recurso paralelo, en la medida en que el recurso de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente –es decir, si se prefiere, el recurso de anulación de la medida impositiva nacional o comunitaria ante la autoridad nacional o comunitaria– haya permitido reparar el perjuicio de manera adecuada⁷⁰ y en que el recurso de indemnización encubre en realidad una acción de recuperación de cantidades abonadas indebidamente».

Y así lo ha confirmado posteriormente el TJUE. La aplicación de esta regla a la responsabilidad de los Estados miembros por los daños ocasionados por infracciones legislativas del Derecho de la Unión no es contraria al principio de efectividad⁷¹.

La sentencia *Danske Slagterier*⁷², por ejemplo, resuelve una cuestión prejudicial formulada en relación con un caso en el que una empresa reclamaba al Estado alemán el resarcimiento de los daños que le había ocasionado la aplicación de una ley que luego se declaró contraria al Derecho de la Unión. El TJUE afirma la compatibilidad con el Derecho de la Unión –y, en particular, con el principio de efectividad– de la regulación alemana considerada y, en especial, de:

1º. «La fijación de plazos de recursos razonables de carácter preclusivo [a los efectos de exigir dicha responsabilidad], en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración interesados». «A este respecto, un plazo nacional de preclusión de tres años parece razonable» (§ 32).

2º. Que ese plazo comience a correr a partir de la fecha en que se producen las primeras consecuencias perjudiciales de la infracción, incluso si esta fecha es anterior a la adaptación correcta del Derecho interno al Derecho de la Unión (§ 56).

3º. Que ese plazo no se interrumpa ni suspenda por el hecho de que se haya interpuesto un recurso por incumplimiento ante el TJUE (§ 39).

4º. «La aplicación de una norma nacional [el parágrafo 839.III del Código Civil alemán, arriba citado] que establece que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre cuando el ejercicio de dicha acción judicial sea razonablemente exigible al perjudicado» (§§ 58-62). A estos efectos, «la elevada probabilidad de que una acción judicial dé lugar a una petición de decisión prejudicial» ante el TJUE o «el hecho de que esté pendiente un procedimiento por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia no pueden, por sí solos, constituir un motivo suficiente para afirmar que no es razonable exigir que se ejerza [dicha] acción» (§§ 65-69).

La sentencia *Kantarev* declara que el Derecho de la Unión «no se opone a una normativa nacional [búlgara] que supedita el derecho de los particulares a obtener una indemnización a la anulación

⁶⁹ Cita las SSTJUE de 12 de noviembre de 1981 (*Birke/Comisión y Consejo*, 543/79, § 28); 12 de noviembre de 1981 (*Bruckner/Comisión y Consejo*, 799/79, § 19); y 14 de septiembre de 1999 (*Comisión/AssiDomän Kraft Products y otros*, C-310/97 P, § 59), y el Auto TSJUE de 26 de octubre de 1995 (*Pevasa e Inpesca/Comisión*, C-199/94 P y C-200/94 P, §§ 26-28).

⁷⁰ Cita la STJUE de 18 de enero de 2001 (*Stockholm Lindöpark*, C-150/99, § 35).

⁷¹ Vid. WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, pp. 109-132.

⁷² STJUE de 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, C-445/06).

previa del acto que originó el daño, siempre que este requisito sea razonablemente exigible a la persona perjudicada»⁷³.

En fin, tanto la solución que el Tribunal Supremo español consagra en su jurisprudencia relativa a la tasa complementaria del juego como la acción de responsabilidad que luego configuran los artículos 32.4 y 32.5 LRJSP constituyen sendas anomalías no sólo en el contexto del Derecho comparado y del Derecho de la UE, sino incluso también en el seno del propio ordenamiento jurídico español.

e. La tutela restitutoria es en principio preferible a la resarcitoria

La tutela restitutoria permite a las víctimas de una actuación pública ilegal restablecer y salvaguardar sus derechos que han sido lesionados o amenazados por ella. Les permite colocarse en la posición amparada por éstos, en la que estarían si dicha actuación no hubiera tenido lugar. Este tipo de tutela elimina la situación contraria a Derecho.

Por lo general, esta tutela es socialmente más beneficiosa –eficiente– que la resarcitoria⁷⁴, en virtud de la cual el Estado otorga a la víctima una compensación con la que se pretende dejarla indemne, es decir, que esta persona recupere el nivel de utilidad que hubiera disfrutado si no hubiera sufrido el daño antijurídico. Esta es la conclusión a la que claramente se llega tras comparar sus respectivos costes y beneficios. Para ilustrar esta comparación utilizaré dos ejemplos: (1) el de un reglamento que permite construir ciertas edificaciones en lugares donde está legalmente prohibido; y (2) el de una ley que prohíbe la actividad de ciertos empresarios, lo que favorece injustificadamente a sus competidores.

Costes de procedimiento. Cabe pensar que estos costes son, por lo general, mayores en el caso de la tutela resarcitoria. La razón es sencilla. Identificar cuál es la actividad que ha de llevarse a cabo para restablecer los derechos lesionados (v. gr., eliminar una prohibición inconstitucional) suele ser más fácil que averiguar si concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado y cuantificar los daños sufridos por la víctima a fin de resarcirlos. Nótese que, para obtener una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de una norma ilegal, no basta acreditar que ésta es contraria a Derecho. También hay que probar que los daños son reales, individualizados y antijurídicos, y que han sido causados por la aplicación de esa norma. En muchos casos, hay que demostrar además que la infracción cometida es «suficientemente caracterizada», a la vista de diversas circunstancias que no siempre es fácil apreciar⁷⁵. Y, finalmente, si concurren los requisitos de la responsabilidad, hay que cuantificar los daños a fin de precisar el importe de la indemnización. La necesidad de resolver estas cuestiones, a veces muy complejas, hace que el procedimiento de tutela resarcitoria sea, por regla general, más complicado y costoso que el de tutela restitutoria.

Costes directos de las medidas restitutorias o resarcitorias. Tanto la compensación otorgada a las víctimas de los daños como las medidas de restablecimiento de sus derechos tienen un coste de oportunidad. Con frecuencia, el de las medidas restitutorias es menor. Así ocurre cuando la

⁷³ STJUE de 4 de octubre de 2018 (*Kantarev*, C571/16, §§ 139-146).

⁷⁴ En sentido similar, respecto del Derecho de la contratación pública, Díez SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 81.

⁷⁵ STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 55-57).

norma inválida no ha llegado a desencadenar un cambio de la realidad física y, por lo tanto, no es necesario «devolver las cosas» a su estado conforme a Derecho. Imaginemos que en el ejemplo 1 no se llegaron a construir las edificaciones ilegales: restablecer la legalidad conculcada es aquí sumamente sencillo y barato, pues no se necesita demoler edificación alguna. Basta con declarar la invalidez de la norma que permitía las edificaciones.

En ocasiones, sin embargo, los costes de restablecimiento son muy elevados, hasta el punto de justificar incluso el mantenimiento de una situación fáctica ilegal. Ésta es la razón que subyace normalmente en los casos de «imposibilidad material o legal» de ejecutar una sentencia contencioso-administrativa, en los que el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de la legalidad impuestas por la sentencia se sustituye, excepcionalmente, por una indemnización⁷⁶. El carácter excepcional con la que el legislador contempla esta posibilidad constituye, por cierto, un claro indicio de que, por regla general, la tutela restitutoria es superior y preferible a la resarcitoria.

Beneficios directos. Los beneficios inmediatos –independientes de la conducta de las personas potencialmente implicadas en casos futuros– de la tutela restitutoria son siempre iguales o superiores a los de la tutela resarcitoria. La explicación es sencilla. La tutela restitutoria evita que se produzca o siga produciéndose un daño, mientras que la resarcitoria normalmente no elimina el daño social causado y, muchas veces, ni siquiera compensa totalmente el perjuicio sufrido por las víctimas. Téngase en cuenta que: (1º) estas personas pueden haber sufrido daños morales, que por definición el dinero no permite compensar⁷⁷; (2º) la actuación ilegal puede haber causado perjuicios a personas distintas de las que obtienen una indemnización; adviértase que, en el ejemplo 2, es muy probable que la prohibición perjudicara, además de a los empresarios que la sufrieron directamente, a sus clientes y proveedores; pero lo normal es que sólo los primeros reclamen y reciban una compensación; (3º) la indemnización no elimina el daño social causado, sino que simplemente endosa su coste al sujeto que la satisface⁷⁸.

Prevención de futuras conductas indeseables. El remedio jurídico utilizado contra una actuación ilegal puede tener no sólo efectos directos en el caso considerado, sino también en casos futuros, al incentivar conductas socialmente valiosas o disvaliosas.

La aplicación de una norma ilegal puede producir típicamente dos consecuencias: conferir un beneficio «injusto» o «inmerecido» a determinadas personas y causar un perjuicio igualmente «injusto» a otras. Si no son neutralizados, ambos resultados incentivan que las personas que se hallan en una situación similar a la de los beneficiados (perjudicados) realicen actividades socialmente disvaliosas con el fin de obtener (evitar) los correspondientes beneficios (perjuicios). Pensemos en el ejemplo 2. El «enriquecimiento injusto» obtenido por un *lobby* como consecuencia de la aplicación de una norma ilegal, que se aprobó de resultas de las presiones ejercidas por éste sobre la autoridad artífice de la norma, propicia que, en el futuro, este y otros *lobbies* presionen para que los poderes públicos impongan regulaciones parecidas. Y el perjuicio sufrido por los empresarios a los que perjudica dicha regulación puede propiciar que, en

⁷⁶ Art. 105.2 LJCA. Vid., por todos, GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

⁷⁷ Vid., por ejemplo, GÓMEZ POMAR, «Daño moral», *InDret*, 1/2000, p. 1.

⁷⁸ Como señala Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 42, «decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro».

situaciones análogas, las potenciales víctimas traten de ejercer una presión similar sobre los poderes públicos con el objeto evitar perjuicios parecidos.

A la hora de eliminar estos perniciosos incentivos, la tutela restitutoria resulta preferible, en la medida en que enerva ambos efectos –«mata dos pájaros de un tiro»–, mientras que la resarcitoria no necesariamente neutraliza el segundo, sino sólo el primero. El único caso en el que ambos tipos de tutela son equivalentes en este punto es aquel en el que la persona que ha de pagar la indemnización es la misma que la que se enriqueció injustamente, y sólo si la magnitud del enriquecimiento es igual a la del daño.

f. La tutela plena e inmediata frente a las situaciones y los actos nacidos de la aplicación de la norma contraria a Derecho es siempre preferible a una ulterior tutela resarcitoria

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24.1 y 106.1 CE, los afectados en sus derechos por cualquier acto administrativo dictado en aplicación de una norma legal o reglamentaria tienen la posibilidad de impugnarlo inmediatamente ante los Tribunales y recabar de ellos su tutela plena y efectiva. Cuentan para ello con todo un arsenal de pretensiones cautelares, declarativas, restitutorias y resarcitorias, que la LJCA pone a su disposición.

Nuestro ordenamiento jurídico también ofrece a los ciudadanos la posibilidad de impugnar inmediatamente y recabar la plena tutela judicial efectiva de sus derechos frente a determinadas situaciones creadas por la aplicación no administrativa de una norma legal o reglamentaria. El supuesto de mayor relevancia práctica es, seguramente, es el de los pagos realizados en virtud de una autoliquidación tributaria. En este y otros casos, el particular afectado, que considera que la situación resultante vulnera sus derechos, puede impugnarla ante la Administración y, si no tiene éxito en vía administrativa, ante los Tribunales⁷⁹. Para ello cuenta con las mismas pretensiones cautelares, declarativas, restitutorias y resarcitorias previstas en la LJCA.

Es evidente que, *ceteris paribus*, esta tutela inmediata y plena frente a la aplicación de una norma jurídica contraria a Derecho satisface mejor todos los intereses públicos y privados en juego que una tutela resarcitoria posterior como la que se inventa el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego. Y ello no sólo porque, como ya hemos visto, el restablecimiento de la legalidad conculcada es casi siempre preferible al resarcimiento de los daños ocasionados, sino también por otras dos razones, al menos.

En primer lugar, dicha tutela inmediata y plena comprende la posibilidad de exigir y obtener una compensación económica por los daños sufridos, en los casos en los que el restablecimiento de la legalidad no sea posible o no baste para dejar indemne al particular. Es decir, la acción resarcitoria posterior no permite obtener a la víctima nada que ésta no hubiera podido obtener anteriormente, a través del referido conjunto de acciones ejercitables inmediatamente contra los actos dictados en aplicación de la ley.

⁷⁹ Vid. los arts. 32 y 221 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como los arts. 14-20 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa. Vid., por todos, ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*.

En segundo lugar, la ulterior tutela resarcitoria tiene lugar casi siempre después de que hayan transcurrido ampliamente los plazos previstos para recabar la tutela plena e inmediata frente a los actos y situaciones surgidos de la aplicación de la correspondiente norma contraria a Derecho. Esto conlleva cuando menos tres efectos negativos.

1º. *Supone un menoscabo para la seguridad jurídica*, tanto mayor cuanto más tiempo ha transcurrido desde que se aplicó la norma en cuestión y mayor es el número de personas que solicitan el resarcimiento. Cuanto más amplio sea el lapso existente entre el momento en el que comenzaron a producirse los daños resarcibles y el momento en el que se obliga a una entidad pública a resarcirlos, mayor será tendencialmente el número de afectados con derecho al resarcimiento y, por lo tanto, mayores serán las dificultades financieras que éste causa a la entidad pública responsable.

2º. *Eleva los costes del procedimiento* que hay que llevar a cabo para tutelar los derechos de los afectados: cuanto más tiempo haya transcurrido desde la aplicación de la norma, más difícil y costoso será determinar si concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado y cuantificar los daños.

3º. *Debilita considerablemente la eficacia preventiva de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Una de las funciones más importantes de la responsabilidad civil extracontractual –si no la que más– es la de prevenir daños: incentivar que los potenciales causantes de accidentes tomen medidas de precaución eficientes dirigidas a reducir su probabilidad y la gravedad de los daños resultantes. Para que la responsabilidad cumpla esta función, la indemnización ha de tener un coste para la persona que ha provocado el daño.

Uno de los grandes problemas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es que, frecuentemente, la indemnización que éstas han de satisfacer tiene un coste muy escaso para los agentes públicos que ocasionaron los daños correspondientes⁸⁰. Muchas veces, el coste es, en el mejor de los casos, sólo político. Desde luego, así ocurre cuando la lesión tiene su origen en una ley o un reglamento contrarios a Derecho. Los artífices de la norma inválida no pagan las indemnizaciones de su bolsillo. Como mucho responderán ante la ciudadanía en las próximas elecciones. Las condenas de responsabilidad civil conllevan para ellos sólo un coste político de oportunidad: las cantidades empleadas en indemnizar a las víctimas y en gestionar los correspondientes litigios ya no pueden ser utilizadas para sufragar proyectos más rentables electoralmente⁸¹.

Pues bien, cuanto mayor es el lapso existente entre el momento en el que se causan los daños y el momento en el que se indemniza, más fácil resulta que la autoridad que los originó haya dejado ya de desempeñar las funciones públicas en cuyo ejercicio se produjeron aquéllos o incluso haya abandonado la política y, por lo tanto, menor es el coste político que tenga que sobrellevar como consecuencia de la indemnización.

La responsabilidad patrimonial del Estado configurada por el Tribunal Supremo español en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego tiene por ello una muy débil eficacia preventiva, en la medida en que retrasa considerablemente el momento en el que la Administración paga la indemnización. Desde este punto de vista, resulta preferible que el

⁸⁰ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

⁸¹ Vid. ROSENTHAL, «A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9, 2007, pp. 797-870.

restablecimiento de los derechos causados a los particulares y, cuando proceda, su indemnización se produzcan en un momento anterior, con ocasión de la impugnación de los actos dictados en aplicación de la norma contraria a Derecho.

- g. *Coherencia con los preceptos que disponen la conservación de ciertas situaciones nacidas de la aplicación de normas contrarias a Derecho*

Admitir una acción de responsabilidad opcional e independiente de las acciones con las que se puede obtener la plena tutela judicial frente a las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho supone dejar sin efecto práctico, en mayor o menor medida, los preceptos constitucionales y legislativos que, en aras de la seguridad jurídica y la economía procesal, disponen la conservación de algunos de esos actos y situaciones (arts. 161.1.a) CE, 40.1 LOTC, 73 LJCA y 106.4 LPAC)⁸².

Los costes de procedimiento y para la seguridad jurídica que se derivan de reconocer esa acción de responsabilidad no son menores que los que supondría revisar tales situaciones firmes. Que el Estado pague a los contribuyentes ciertas cantidades cuando ya ha transcurrido el plazo fijado para instar su devolución tiene exactamente el mismo coste para la seguridad jurídica cuando el pago se hace en concepto de «devolución de ingresos indebidos» que cuando se hace en concepto de «indemnización por los daños sufridos». La «etiqueta» no cambia las cosas en este punto: el resultado práctico es idéntico en ambos casos⁸³. Y, obviamente, los beneficios sociales derivados del pago tampoco son en el segundo caso mayores que en el primero.

Admitir semejante acción de responsabilidad es, por consiguiente, incoherente con la ponderación de todos los intereses legítimos en juego en virtud de la cual el constituyente y el legislador han dispuesto la conservación de ciertos actos y situaciones originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho. Supone algo así como «hacerse trampas al solitario».

Resulta tan contradictorio como admitir que la empresa que recibió una ayuda en virtud de una norma contraria al Derecho de la UE y que luego se vio obligada a devolverla en virtud de una resolución firme pueda solicitar y obtener posteriormente del Estado una compensación equivalente al monto de la ayuda más los correspondientes intereses por los daños que la norma le ocasionó⁸⁴. De hecho, esta posibilidad ha sido descartada por el Tribunal Supremo español⁸⁵. Declarar en estos casos semejante responsabilidad del Estado privaría de efecto a la recuperación de las ayudas ilegales dispuesta previamente por las autoridades competentes⁸⁶.

⁸² DOMÉNECH PASCUAL, *REDA*, 110, 2001; M. C. ALONSO GARCÍA, *RAP*, 157, 2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, *RAP*, 166, 2005; WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008.

⁸³ WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, pp. 114 y 124.

⁸⁴ Así lo advierte WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, pp. 124 y 125.

⁸⁵ STS (Cont.-adm.) de 5 de septiembre de 2018 (ES:TS:2018:3097).

⁸⁶ RODRÍGUEZ PONTÓN, «Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reaparición del caso de las vacaciones fiscales vascas», *Revista de Administración Pública*, 2008, 2019, p. 320. Algunos autores, no obstante, consideran procedente esa responsabilidad (vid., por ejemplo, DE JUAN CASADEVALL, «La responsabilidad patrimonial del estado-legislador en casos de recuperación de ayudas fiscales selectivas», *Revista Española de Derecho Financiero*, 168, 2015, pp. 159-180). Otros autores también consideran que el Estado debería responder, pero sólo de los gastos e inversiones realizados por el particular confiando en la apariencia de validez de la ayuda. Vid. PÉREZ BERNABEU, «La responsabilidad patrimonial del legislador en el ámbito tributario»,

- h. El carácter subsidiario y dependiente de la ulterior acción resarcitoria induce al perjudicado a escoger el tipo de tutela socialmente más eficiente*

Por todo lo expuesto, resulta justificado que la acción dirigida a exigir responsabilidad por los daños derivados de una norma contraria a Derecho tenga un carácter subsidiario y dependiente respecto de las acciones que permiten obtener la plena tutela efectiva frente a los actos dictados en aplicación de esa norma que directamente causaron los daños. No cabe exigir y obtener a través de la acción de responsabilidad ulterior lo que pudo haberse obtenido previamente a través de aquellas acciones. Si los perjudicados pudieron ejercitar unas acciones que les daban la posibilidad de lograr el restablecimiento de sus derechos y quedar indemnes y, pese a ello, no las ejercitaron, luego no pueden exigir el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Esta regla incentiva, obviamente, que los perjudicados utilicen para recabar la protección de sus derechos el medio que permite satisfacer mejor este objetivo con menos costes para el conjunto de la ciudadanía: aquellas acciones previas, en lugar de la acción resarcitoria posterior.

- i. La revisión de situaciones firmes es siempre preferible a la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de éstas*

Supongamos, con todo, que los particulares no han impugnado las situaciones y los actos originados en la aplicación de la norma en cuestión o que los han impugnado, pero los órganos competentes consideran erróneamente que ésta no es contraria a Derecho y desestiman sus pretensiones mediante una resolución, ora administrativa ora judicial, que deviene firme. De acuerdo con la jurisprudencia relativa a la tasa complementaria del juego, los perjudicados pueden exigir en estos casos el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la norma ulteriormente anulada, a pesar de la firmeza de las situaciones correspondientes.

Esta solución es ineficiente, pues siempre hay una alternativa más ventajosa, que garantiza como mínimo la misma tutela resarcitoria de los derechos afectados y, además, permite adoptar otras medidas que, por lo general, protegen mejor y más eficientemente esos derechos.

Las resoluciones y situaciones firmes son en principio inatacables, aunque excepcionalmente pueden ser objeto de revisión bajo ciertas condiciones, si, por ejemplo, incurren en infracciones especialmente graves y manifiestas del ordenamiento jurídico⁸⁷. En estos casos, el órgano que resuelve el procedimiento de revisión puede declarar la invalidez de la situación o el acto revisado y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena y efectiva protección de los derechos afectados, entre las que se encuentra el restablecimiento de la legalidad conculcada y

Quincena Fiscal, 3/2016; CAMPOS MARTÍNEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por la recuperación de las ayudas de estado declaradas ilegales e incompatibles con el Derecho de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, 13/2017, pp. 41-84; GARCÍA ÁLVAREZ, «Estado de Derecho y recuperación de ayudas de estado: la irrelevancia de la cosa juzgada», en PAREJO/VIDA (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, vol. 1, p. 1140.

⁸⁷ Desde la perspectiva del Derecho de la UE, vid. SARRIÓN ESTEVE, «Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 65, 2021, pp. 133-160.

el resarcimiento de los daños sufridos por las víctimas de la infracción⁸⁸. Es decir, esta revisión asegura la misma tutela resarcitoria afirmada por la referida jurisprudencia y, además, permite adoptar otras medidas que por lo general son más eficientes. Los beneficios de la revisión son siempre iguales o superiores a los de la sola tutela resarcitoria.

De ahí que en los casos en los que la revisión extraordinaria de estas situaciones firmes no está justificada, porque sus beneficios esperados exceden de sus costes –de procedimiento y para la seguridad jurídica–, la responsabilidad patrimonial del Estado todavía lo estará menos. De ahí que nos parezca profundamente errada la solución contemplada en los artículos 32.4 y 32.5 LRJSP, en el artículo 292 LOPI y en la STJUE *Köbler*,⁸⁹ según la cual el Estado debe resarcir los daños causados por ciertos errores cometidos en sentencias firmes, aun cuando éstos puedan ser eventualmente revisados y rectificadas⁹⁰.

j. Agregación, tramitación y resolución eficiente de los litigios masivos resultantes

Los pleitos en los que se plantea la responsabilidad patrimonial de una Administración por los daños causados por una norma contraria a Derecho suelen ser muy numerosos, como consecuencia de los efectos jurídicos generales que las normas tienen. Y con frecuencia son también muy parecidos entre sí. Actualmente, en el sistema jurídico español, estos litigios se están tramitando y resolviendo de la peor manera posible: descoordinadamente y con una enorme lentitud.

La *descoordinación* provoca que: (1º) los costes de procedimiento resultantes sean mucho mayores de lo que podrían ser si los litigios se coordinaran de cierta manera (v. gr., se agregaran y resolvieran en un solo procedimiento); y (2º) se dicten numerosas resoluciones administrativas y judiciales contradictorias en casos sustancialmente iguales; lo cual a su vez engendra desigualdades entre los justiciables, una gran inseguridad jurídica, un incremento de la litigiosidad y un deterioro de la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico.

La *lentitud* con la que se llega a una sentencia que declara con efectos generales y definitivos la invalidez de la norma en cuestión: (1º) amplifica los problemas que acaban de exponerse, al propiciar que aumente el número de casos en los que se aplica dicha norma; (2º) dificulta y hace más costosa la corrección de las situaciones antijurídicas creadas por la aplicación de la norma; por ejemplo, tiende a incrementar el número de resoluciones dictadas a su amparo que devienen firmes y, en principio, inimpugnables; y (3º) debilita la eficacia preventiva de las resoluciones que restablecen los derechos de los afectados y, en su caso, resarcen los perjuicios ocasionados, por las razones expuestas anteriormente⁹¹.

Como ya hemos visto, la solución afirmada por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego, lejos de reducir esta «litigiosidad desmesurada», la incrementa, pues permite que después de cada anulación judicial de una norma se levante una

⁸⁸ Vid., por ejemplo, el art. 106.4 LPAC.

⁸⁹ STJUE de 30 de septiembre de 2003 (*Köbler*, C-224/01).

⁹⁰ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», *Revista de Administración Pública*, 199, 2016, pp. 171-212.

⁹¹ Vid. *supra*, 3.2.e.

segunda ola de reclamaciones y litigios, que se añaden a los que se entablaron antes de la anulación. Además, estos pleitos de «segunda ola» se concentran en los tribunales superiores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo –sobre todo, en el Tribunal Supremo–, lo que provoca su saturación y los distrae de cumplir la que es seguramente su más importante función: crear jurisprudencia a través de la resolución de casos de *singular* trascendencia. No tiene mucho sentido que una buena parte de la muy limitada capacidad del tribunal más «valioso» de nuestro poder judicial se consuma en la resolución de cientos o incluso miles de pleitos clónicos⁹².

Los mecanismos de coordinación y agregación de pleitos previstos en nuestro ordenamiento jurídico (acumulación⁹³, «pleitos testigo»⁹⁴, extensión de efectos de sentencias⁹⁵, etc.) han fracasado estrepitosamente a la hora de posibilitar una gestión eficiente de estos casos de litigación masiva. Seguramente porque ni los jueces ni los abogados tienen, en líneas generales, los alicientes necesarios para utilizarlos⁹⁶. Creo, por ello, que debieran explorarse otras posibilidades, tales como: la eliminación de los incentivos económicos que los jueces tiene para no emplearlos (v. gr., la resolución en una sola sentencia de X pleitos acumulados debería computar a efectos estadísticos y de retribuciones judiciales variables como la resolución de X pleitos independientes, y no de sólo uno); la introducción de acciones de clase; la suspensión de los plazos establecidos para impugnar los actos dictados en aplicación de una norma, cuando está pendiente de resolución un procedimiento judicial que puede terminar con la anulación de ésta, etc.

También deberían adoptarse medidas dirigidas a reducir el tiempo de tramitación de los pleitos en los que se cuestiona la conformidad a Derecho de una norma y, especialmente, de aquellos que pueden finalizar con una sentencia anulatoria, que declare su invalidez con efectos definitivos y generales. Por poner algunos ejemplos:

1º. Si se estima que los órganos administrativos no pueden, *de iure* o *de facto*, revisar la conformidad a Derecho de ciertas normas e inaplicarlas si consideran que son disconformes, habría que eliminar la necesidad de recurrir los actos dictados en su aplicación ante dichos órganos antes de acudir a los Tribunales. La obligación de interponer semejante recurso administrativo inútil, que no permite obtener la protección de los derechos afectados, constituye una limitación desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁷.

El Tribunal Supremo ha declarado en este sentido que *«cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las Entidades locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia*

⁹² Nótese que, sólo para atender los «recursos referentes a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador» relativas al llamado «céntimo sanitario», se tuvo que dedicar íntegramente una de las Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Vid. el Acuerdo de 23 de noviembre de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 300, de 11 de diciembre de 2017).

⁹³ Arts. 32-39 LJCA.

⁹⁴ Art. 37 LJCA.

⁹⁵ Arts. 110 y 111 LJCA.

⁹⁶ En relación con los jueces, vid. DOMÉNECH PASCUAL, Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones, Civitas, Madrid, 2009.

⁹⁷ DOMÉNECH PASCUAL, «El principio de presunción de validez», en SANTAMARÍA PASTOR (ed.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1052-1053.

para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo»⁹⁸.

Una doctrina análoga podría predicarse de las pretensiones basadas exclusivamente en la ilegalidad de un reglamento, si se estima que los órganos administrativos no pueden inaplicar por su propia autoridad los reglamentos que consideren inválidos⁹⁹.

El Tribunal Supremo, sin embargo, también ha declarado que: *"En los casos en los que, de conformidad con la normativa tributaria, la vía económico-administrativa resulte procedente, será necesario agotarla aun cuando la decisión sobre el fondo del asunto pueda depender, exclusivamente, de la interpretación del Derecho de la Unión Europea, al corresponder a los tribunales económico-administrativos, garantizar su correcta aplicación en los términos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»¹⁰⁰.*

Esta diferencia obedece a que, según la reiterada jurisprudencia del TJUE, las autoridades administrativas sí pueden y deben inaplicar cualquier norma nacional que consideren contraria al Derecho de la UE¹⁰¹. Ahora bien, si por las razones que sean resulta suficientemente improbable que, *de facto*, el órgano administrativo encargado de resolver un recurso administrativo cumpla con este deber, supeditar el acceso a los tribunales a la interposición de ese recurso puede llegar a suponer una restricción desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰².

2º. El legislador debería adoptar medidas para asegurar la prioridad y la celeridad de la tramitación de los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

3º. Debería eliminarse la prohibición de que las cuestiones de inconstitucionalidad se presenten antes de que quede concluso el correspondiente procedimiento¹⁰³. Al igual que ocurre con las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, los jueces deberían poder elevarlas tan pronto como estimen que, para emitir su fallo, resulta necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la conformidad con la Constitución de la norma legal correspondiente, una vez estén en condiciones de formular la cuestión en los términos legalmente establecidos y después de escuchar a las partes¹⁰⁴.

⁹⁸ STS (Cont.-adm.) de 21 de mayo de 2018 (ES:TS:2018:2054).

⁹⁹ Vid. el ATS (Cont.-adm.) de 20 de abril de 2022 (ES:TS:2022:5754A).

¹⁰⁰ STS (Cont.-adm.) de 16 de noviembre de 2021 (ES:TS:2021:4371).

¹⁰¹ Vid., por todas, la STJUE de 22 de junio de 1989 (*Fratelli Costanzo*, C-103/88); así como COBREROS MENDAZONA, «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, 103, 2015, pp. 171-207; GALÁN GALÁN, *Primacía europea y administración pública. La obligación administrativa de inaplicación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

¹⁰² En general, sobre la necesidad de reformar la vía económico-administrativa para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, vid. MARTÍNEZ MUÑOZ, «Una reflexión sobre la supeditación del recurso judicial al agotamiento previo de la vía económico-administrativa», *Nueva Fiscalidad*, 2/2018, pp. 200-204.

¹⁰³ Art. 35.2 LOTC.

¹⁰⁴ Vid. los apartados 12 y 13 de las Recomendaciones [hechas por el TJUE] a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01).

- k. *¿De verdad es una carga desproporcionada para los afectados impugnar las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho? ¿De verdad genera una «litigiosidad desproporcionada»?*

Uno de los argumentos medulares sobre los que descansa la jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego es que «no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional»¹⁰⁵. Para sostener esa afirmación, el Tribunal Supremo esgrime otros tres argumentos¹⁰⁶: (1º) la ley «goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo»¹⁰⁷; (2º) «los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad»; y (3º) obligarles a agotar todas las instancias para defenderse contra una ley generaría una «situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable»¹⁰⁸.

Esta argumentación es rechazable, por las siguientes razones:

1ª. El Tribunal Supremo la utiliza de manera notablemente *inconsistente*. En alguna sentencia afirma que, hasta que no se publica oficialmente la sentencia que anula un reglamento, a los afectados por su aplicación les resulta prácticamente imposible obtener el resarcimiento de los perjuicios que ésta les ha ocasionado. Sin embargo, en otras muchas sentencias estima que, a través de la impugnación de los reglamentos y sus actos de aplicación, los afectados sí pueden obtener «de manera inmediata un pronunciamiento sobre su legalidad y el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de los daños y perjuicios causados», por lo que sí tienen el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de las situaciones que han devenido firmes porque no han sido impugnadas en tiempo y forma.

Inicialmente, el Tribunal Supremo consideraba que sí era razonable imponer a los particulares la carga de recurrir los actos de aplicación de una ley contraria al Derecho de la UE, porque éste es directamente invocable ante los tribunales españoles e inmediatamente aplicable por ellos¹⁰⁹. Posteriormente, pasó a estimar que había que aplicar a estos casos la referida doctrina relativa a las leyes inconstitucionales, con arreglo a la cual dicha carga es irrazonable¹¹⁰.

El Tribunal Supremo también ha estimado que no ha lugar a la responsabilidad del Estado por los daños causados por situaciones y resoluciones firmes originadas en la aplicación de una ley

¹⁰⁵ STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836). En sentido similar, M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, pp. 108, 176 y 177; SÁNCHEZ PEDROCHE, *RCT*, 469, 2022, p. 56; IBÁÑEZ GARCÍA, *Diario La Ley*, 10118, 2022.

¹⁰⁶ STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836).

¹⁰⁷ Según la STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936), «no es un deber de los ciudadanos vigilar la aplicación del Derecho Europeo por nuestros Poderes Legislativos, sino todo lo contrario, el ciudadano tiene la legítima confianza de que cuando cualquiera de nuestros órganos parlamentarios, o incluso las Administraciones públicas cuando se trata de norma reglamentaria, promulga una norma, debe presumir que la misma es, entre otras condiciones, acorde a la superior norma comunitaria».

¹⁰⁸ En sentido similar, entre otros, ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*, p. 257; MORENO QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, pp. 117 y 118.

¹⁰⁹ Vid. *supra*, 2.3.c.

¹¹⁰ STS (Cont.-adm.) de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4976).

cuando el Tribunal Constitucional declaró explícitamente que éstas debían considerarse consolidadas. Parece que hay que entender, pues, que en estos casos la carga de impugnar estas situaciones sí es razonable.

Y, en fin, el Tribunal ha dejado de considerar que dicha carga es irrazonable, respecto de las leyes contrarias a la Constitución o al Derecho comunitario, cuando los artículos 32.4 y 32.5 LRJSP la han previsto explícitamente¹¹¹.

2ª. La presunción de validez que cabe atribuir a las leyes y que el artículo 39.1 LPAC confiere explícitamente a los actos administrativos en modo alguno significa o justifica que no se le pueda imponer a los ciudadanos la carga de impugnar estos u otros actos dictados en aplicación de aquéllas, a fin de evitar o neutralizar los perjuicios que tal aplicación pueda ocasionarles. Es justamente al revés. Como han señalado nuestros más altos tribunales, «*el principio de presunción de validez del [hoy art. 39.1 LPAC] significa únicamente que ha de entenderse transferida al destinatario de la resolución la carga de impugnar los actos de la Administración, para evitar que esa presunción de ser conforme a Derecho los convierta en inmunes ante la pasividad que supone el transcurso de los plazos impugnatorios*»¹¹²; la presunción de legalidad «*simplemente comporta la carga de recurrir en sede judicial*»¹¹³.

Y lo mismo vale para los actos privados, como las autoliquidaciones tributarias, máxime cuando el legislador ha previsto un procedimiento específico para impugnarlos. Como advierte WATTEL:

*«No es "excesivamente difícil" para un contribuyente provocar una resolución recurrible o adoptar una posición en su declaración o autoliquidación de impuestos que cuestione el Derecho nacional... El hecho de que (i) la Administración tributaria pueda con certeza no estar de acuerdo con esa posición, y (ii) el Derecho nacional no contemple esa posición no son relevantes, ya que nada impide al contribuyente [pretender la inaplicación de] la legislación nacional que considere contraria al Derecho comunitario»*¹¹⁴.

3ª. La doctrina de la «carga irrazonable» contradice la jurisprudencia del TJUE, así como las soluciones a las que se ha llegado en otros países de nuestro entorno. Recordemos especialmente lo declarado en la STJUE *Danske Slagterier*¹¹⁵, antes citada¹¹⁶, donde viene a declararse, entre otras cosas, que supeditar la tutela de los derechos lesionados por una norma a que el afectado agote los recursos contra los actos dictados en su aplicación no hace prácticamente imposible ni excesivamente difícil esa tutela, ni siquiera cuando es muy probable que el tribunal que conoce del caso eleve una cuestión prejudicial (ante el TJUE, pero lo mismo vale para el Tribunal Constitucional).

4ª. La regla del agotamiento previo de los remedios jurídicos no incrementa la litigiosidad, sino que la reduce. Insistimos de nuevo en este punto. La solución que seguramente tiende a

¹¹¹ STS (Cont.-adm.) de 14 de noviembre de 2019 (ES:TS:2019:3639).

¹¹² STS (Cont.-adm.) de 12 de febrero de 2009 (ES:TS:2009:704).

¹¹³ STC 76/1990, de 26 de abril.

¹¹⁴ WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, p. 131.

¹¹⁵ STJUE de 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, C-445/06).

¹¹⁶ Vid. *supra*, 3.2.d.

aumentar el número total de litigios es la afirmada por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria del juego, al permitir que después de cada anulación judicial de una norma se produzca una segunda tanda de reclamaciones y pleitos, que se añaden a los que se entablaron antes de la anulación. Además, estos pleitos masivos de «segunda ola» se concentran en los tribunales superiores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que los congestiona enormemente y mengua su capacidad de cumplir la que probablemente es su principal función: la formación de jurisprudencia.

5ª. Según hemos visto, la mejor manera de proteger los derechos lesionados por una norma contraria al ordenamiento jurídico es darles a los afectados la posibilidad de impugnar de manera inmediata cualesquiera situaciones y actos nacidos de la aplicación de esa norma y recabar frente a ellos la plena tutela –cautelar, declarativa, restitutoria y resarcitoria– de tales derechos. Si se considera que las vías administrativas y judiciales previstas en la actualidad por la legislación española a estos efectos son siempre excesivamente onerosas y no garantizan la tutela judicial efectiva de los derechos afectados, lo que habría que hacer es revisarlas y mejorarlas, pero no contemplar la posibilidad de sustituirlas con carácter general por un remedio resarcitorio intrínsecamente inferior, que satisface peor todos los intereses legítimos implicados. Por otro lado, si el Tribunal Supremo considera que la utilización de esas vías constituye siempre una carga irrazonable para los particulares, que dificulta desproporcionadamente la tutela judicial efectiva de sus derechos, lo que tendría que hacer es elevar una cuestión de inconstitucionalidad por la vulneración del artículo 24.1 CE.

l. La regulación debería ser sustancialmente la misma para todas las normas contrarias a Derecho

Ninguna razón convincente hay para hacer aquí diferencias significativas en función de la naturaleza –legal o reglamentaria– de la norma contraria a Derecho de que se trate¹¹⁷ o del ordenamiento jurídico –constitucional o de la UE– vulnerado¹¹⁸. Los argumentos que el Tribunal Supremo ha ido esgrimiendo para tratar de justificar el sometimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado a regímenes jurídicos radicalmente distintos dependiendo de si los daños fueron causados por leyes inconstitucionales, leyes contrarias al Derecho de la UE o reglamentos ilegales son inaceptables¹¹⁹.

El argumento de que el principio de seguridad jurídica no impone un deber de soportar los daños causados por una –resolución administrativa o sentencia firme dictada al amparo de una– ley inconstitucional, pero sí los ocasionados por una –resolución administrativa o sentencia firme dictada al amparo de una– norma reglamentaria ilegal es ridículo. Ambos casos son prácticamente idénticos en este punto¹²⁰. El menoscabo que dicho principio sufre cuando se priva de efectos prácticos a una resolución firme dictada en aplicación de una norma es el mismo con independencia de cuál sea la naturaleza, legal o reglamentaria, de la norma.

¹¹⁷ Vid., en este sentido, el voto particular de Manuel MARTÍN TIMÓN a la STS (Cont.-adm.) de 2 de junio de 2010 (ES:TS:2010:3898).

¹¹⁸ Vid. la STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08).

¹¹⁹ Vid. *supra*, 2.1, 2.3.b y 2.3.c.

¹²⁰ Vid. *supra*, 2.1 y 2.3.b.

También resulta grotescamente inconsistente afirmar que el artículo 40.1 LOTC no se opone a que los particulares puedan obtener una indemnización por los daños causados por las sentencias firmes dictadas en aplicación de una ley, mientras que el artículo 73 LJCA (que prácticamente establece lo mismo que el art. 40.1 LOTC) sí se opone a que los particulares afectados obtengan una indemnización por los daños ocasionados por las sentencias o los actos administrativos firmes dictados al amparo de un reglamento. ¿Por qué en un caso la acción de responsabilidad es totalmente independiente de la acción de impugnación y de la firmeza de las correspondientes resoluciones mientras que en el otro caso no lo es?

Las diferencias existentes entre los procedimientos de control judicial de reglamentos, leyes inconstitucionales y leyes contrarias al Derecho de la UE no son tantas ni tan relevantes como a veces se afirma¹²¹. Y ninguna de ellas justifica que en algunos casos la acción de responsabilidad se configure con carácter opcional e independiente respecto de las acciones dirigidas a impugnar los actos dictados en aplicación de la norma, mientras que en otros casos aquella acción tenga un carácter subsidiario y dependiente de éstas. En los tres supuestos, los afectados tienen a su disposición vías muy parecidas para obtener la plena tutela judicial efectiva frente a dichos actos.

Recordemos que la STJUE *Transportes Urbanos*¹²² no apreció razón alguna para tratar de manera tan distinta reclamaciones de responsabilidad patrimonial que «*tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado*» (§ 36). La diferencia consistente en que en un caso se vulnera el Derecho de la UE y en el otro la Constitución no justifica que sólo en el primero se exija el agotamiento previo de los recursos contra el acto lesivo. El razonamiento que hace el TJUE vale igualmente para los daños causados por la aplicación de un reglamento. También aquí la reclamación de responsabilidad tiene exactamente aquel mismo objeto.

3.3. Requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho

a. *Los requisitos deberían ser sustancialmente los mismos para todas las normas contrarias a Derecho*

El artículo 32.5 LRJSP somete la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por leyes contrarias al Derecho de la UE a requisitos sustantivos más estrictos que los previstos para los daños ocasionados por leyes inconstitucionales. Con independencia de si esta diferencia de régimen jurídico es compatible o no con aquel Derecho –ya hemos visto que según el TJUE sí lo es–, no parece que esté justificada¹²³. No se adivina por qué razón los requisitos materiales de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho deban ser distintos en función de la naturaleza de la norma infringida o infractora¹²⁴.

¹²¹ Nos remitimos a lo dicho *supra*, 2.3.b y 2.3.c.

¹²² STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08). En contra, GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016, pp. 410-417.

¹²³ En sentido similar, M. C. ALONSO GARCÍA, La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea, p. 169.

¹²⁴ A favor de extender los tres requisitos previstos en el art. 32.5 LRJSP a otros supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración y, en particular, a los derivados de planes urbanísticos nulos, ORDÓÑEZ SOLÍS,

b. *Responsabilidad objetiva o por negligencia*

Hasta la fecha, en España, la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de leyes inconstitucionales ha sido aplicada con un carácter objetivo. Para que el Estado responda, no se requiere que la inconstitucionalidad sea cualificada o fruto de una negligencia.

Ello contrasta con la regla que el TJUE aplica a los daños causados por la Unión Europea o sus Estados miembros y que el artículo 32.5.b) LRJSP recoge. Para que en estos supuestos nazca la responsabilidad se requiere que la infracción sea «suficientemente caracterizada», lo que puede entenderse en el sentido de que ésta obedece a una negligencia, a una inexcusable falta de cuidado.

En otros ordenamientos jurídicos europeos, se aplica una regla similar. En Bélgica, por ejemplo, el Tribunal de Casación deja sentado en 2006 que el Estado debe resarcir, conforme al régimen común de responsabilidad por culpa [*faute*] establecido en el artículo 1382 del Código civil, los daños ocasionados al legislar¹²⁵. Más tarde, en 2010, aclara que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional una ley «*no implica todavía que se haya establecido que el legislador ha cometido una falta en el sentido*» de este precepto. Para hacer responder al Estado «*por haber adoptado una ley que incurre en una falta*» [*législation fautive*], el juez ha de «*examinar si el Estado ha actuado como lo haría un legislador normalmente prudente y diligente*»¹²⁶.

También los Tribunales contencioso-administrativos españoles aplican una regla parecida a los daños causados por actos administrativos ilegales. Conforme a la llamada «doctrina del margen de tolerancia», el particular tiene el deber de soportar el daño causado por un acto ilegal cuando éste es el resultado de una interpretación razonable y razonada del ordenamiento jurídico¹²⁷.

«La responsabilidad patrimonial por la nulidad de los planes urbanísticos en clave judicial», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 309, 2016, pp. 51-54.

¹²⁵ Sentencia de la *Cour de cassation* de 28 de septiembre de 2006 (C.02.0570.F).

¹²⁶ Sentencia de la *Cour de cassation* de 10 de septiembre de 2010 (F.09.0042.N). Vid., al respecto, DUBUISSON/VAN DROOGHENBROECK, «Responsabilité de l'État-législateur: la dernière pièce du puzzle?», *Journal des Tribunaux*, 6457, 2010, pp. 801-808; BOUHON, «La responsabilité civile pour la faute du législateur», *Journal des Tribunaux*, 2020, pp. 745-749.

¹²⁷ Vid., entre otras muchas, las SSTs (Cont.-adm.) de 5 de febrero de 1996 (ES:TS:1996:661), 20 de febrero de 2012 (ES:TS:2012:1221) y 19 de junio de 2018 (ES:TS:2018:2316). Sobre esta jurisprudencia, en sentido favorable, si bien con matices, DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, pp. 179-231; ÍDEM, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales», en prensa. En contra, entre otros, MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor; ÍDEM, «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 69-91; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 221-237; ÍDEM, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 217, 2022, pp. 191-208; ALONSO MAS, «La responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico», *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, 2019; BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, p. 28.

Para que la Administración responda, la ilegalidad cometida ha de ser el fruto de una inexcusable falta de cuidado o, como dice alguna sentencia, de una «*flagrante desatención normativa*»¹²⁸.

No se aprecia por qué razón el Estado debe responder objetivamente cuando el legislador infringe la Constitución y, en cambio, por culpa cuando éste viola el Derecho de la UE o cuando es la Administración la que comete cualquier infracción del ordenamiento jurídico. A mi juicio, hay buenas razones para aplicar en los tres casos una regla de responsabilidad por negligencia.

b.1. Las razones invocadas por los tribunales

La necesidad de evitar el efecto inhibitorio que la responsabilidad por la mera ilegalidad tendría sobre el ejercicio de las funciones públicas dirigidas a salvaguardar los intereses generales ha sido el principal argumento utilizado por los tribunales de la Unión Europea para justificar la aplicación del requisito de la «infracción suficientemente caracterizada».

El ejercicio de la función legislativa «*no debe verse obstaculizado por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares*»¹²⁹. «*La exigencia de una violación suficientemente caracterizada... pretende... evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en el interés general... sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables*»¹³⁰.

Las razones aducidas por el Tribunal Supremo para justificar la «doctrina del margen de tolerancia» son similares. La aplicación de una regla de responsabilidad objetiva podría inhibir el ejercicio por parte de las autoridades administrativas de sus potestades dirigidas a proteger los intereses públicos: podría «*generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones*»¹³¹.

Estas razones coinciden sustancialmente con las presentadas por Juan Antonio XIOL RÍOS, en su voto particular a la [STC 148/2021](#), para defender la limitación de la responsabilidad patrimonial del Estado por la anulación de la norma con rango de ley por la que se declaró el estado de alarma y se tomaron medidas que trataban de evitar la propagación del virus causante de la Covid-19 con el fin de salvaguardar la vida y la salud de la población¹³².

«*Ante esta situación de incertidumbre, que afectaba no solo a la situación sanitaria creada por la pandemia, sino también a la determinación del procedimiento jurídico que debía seguirse para*

¹²⁸ STS de 10 de junio de 1986 (ES:TS:1986:3220).

¹²⁹ STJCE de 25 de mayo de 1978 (*HNL y otros*, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, § 5).

¹³⁰ STG de 3 de marzo de 2010 (*Artogodan*, T-429/05, § 55). Vid., también, la STPI de 9 de septiembre de 2008 (*MyTravel Group*, T-212/03, § 42).

¹³¹ STS (Cont.-adm.) de 5 de febrero de 1996 (ES:TS:1996:661).

¹³² Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas adoptadas en un estado de alarma declarado inconstitucional», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 102, 2021, pp. 52-66.

establecer las previsiones adecuadas para afrontarla, puede considerarse constitucionalmente justificado que la nulidad no afecte a los actos o situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional. Lo contrario podría provocar que las autoridades sanitarias en situaciones de incertidumbre no adopten las medidas que consideren más adecuadas por las consecuencias que podría tener el error en la elección de la vía jurídica correcta».

b.2. Influencia sobre los niveles de cuidado y actividad de los implicados: teoría económica estándar

La probabilidad de que se produzca un accidente depende fundamentalmente de dos factores: de los *niveles de cuidado* adoptados por los potenciales causantes y víctimas y de sus *niveles de actividad*. Por ejemplo, cuanto menos cuidado lleven en la tramitación de ciertos planes urbanísticos sus promotores privados y las autoridades encargadas de aprobarlos y mayor sea el número de procedimientos de planeamiento en los que estén involucrados todos ellos, más probable es que dichas autoridades cometan alguna ilegalidad al decidir sobre su aprobación.

Bajo determinadas condiciones, cabe pensar que tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad por negligencia, en combinación con otra regla que excluya la responsabilidad si el causante actuó diligentemente y la víctima incurrió en una negligencia, crean en principio los incentivos adecuados para que las personas implicadas adopten el nivel de cuidado exigible. Aplicar un canon u otro resulta irrelevante a estos efectos¹³³.

En cambio, ambas reglas influyen de diversa manera sobre los referidos niveles de actividad¹³⁴. En un régimen de responsabilidad por culpa, las víctimas soportan el llamado «riesgo residual», es decir, el riesgo de sufrir un accidente a pesar de que todas las personas implicadas llevan el cuidado exigible. Son las víctimas las que cargan con el coste derivado de que ellas o los potenciales causantes incrementen su nivel de actividad (manteniendo su comportamiento diligente). Esta regla encarecerá, por lo tanto, la actividad de las eventuales víctimas. Les dará incentivos para no aumentarla por encima del punto en el que los costes sociales del aumento superan a los beneficios que éste les reporta, pues, en principio, dichos costes y beneficios recaen íntegramente sobre ellas. Por otro lado, propiciará que los potenciales causantes eleven su volumen de actividad por encima del que sería socialmente deseable, pues los beneficios derivados del aumento recaen en principio sobre ellos, mientras que los costes son soportados por las víctimas.

En un régimen de responsabilidad objetiva, son los causantes los que soportan el referido riesgo residual. Esta regla, por consiguiente, encarecerá la actividad de los potenciales causantes. Les dará incentivos para no incrementarla por encima del nivel en el que los costes sociales del incremento superan a los beneficios que éste les reporta. Por otro lado, propiciará que el volumen de actividad de las potenciales víctimas supere el socialmente óptimo, pues, en principio, obtienen los beneficios derivados del exceso mientras que no han de asumir sus costes, que recaen íntegramente sobre los causantes.

¹³³ SHAVELL, «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 1-25.

¹³⁴ *Ibidem*.

Debe notarse que ninguna de las dos reglas crea los incentivos adecuados para que todos los agentes implicados ajusten su volumen de actividad a lo que sería socialmente deseable. La responsabilidad por culpa falla respecto de los potenciales causantes; y la responsabilidad por culpa, respecto de las posibles víctimas. Así las cosas, la responsabilidad objetiva resulta preferible cuando los costes sociales de un exceso de actividad de los primeros superan los costes sociales de un exceso análogo de los segundos, y viceversa. En la práctica, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos, la responsabilidad por culpa es la regla general, y la responsabilidad objetiva la excepción, que sólo se aplica cuando los potenciales causantes llevan a cabo actividades anormalmente peligrosas¹³⁵. Y, conviene ponerlo de relieve, la responsabilidad por negligencia es también la regla general que rige respecto de los daños causados por los poderes públicos¹³⁶.

b.3. Influencia sobre la conducta de los agentes públicos

La teoría económica estándar del Derecho de daños, en la que se basan las consideraciones recién expuestas, presupone que los potenciales responsables son sujetos –privados– que soportan íntegramente los costes de las medidas de precaución que toman y de las compensaciones que eventualmente han de pagar a las víctimas. El problema es que esta premisa seguramente no se cumple cuando los responsables son entidades públicas.

b.4. La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de actividad pública

Cabe pensar que los agentes públicos, en líneas generales, no internalizan íntegramente el coste de la responsabilidad patrimonial de la Administración a cuyo servicio se encuentran, de resultas principalmente de dos circunstancias. La primera es que las correspondientes indemnizaciones no las pagan de su «bolsillo», ni siquiera cuando concurren los requisitos para que las Administraciones ejerzan contra ellos la llamada acción de regreso, pues ésta prácticamente nunca se ejerce¹³⁷. En segundo lugar, el coste político y reputacional que para dichos sujetos se deriva de la referida responsabilidad se reduce sustancialmente si ésta se declara y hace efectiva cuando aquéllos han dejado de desempeñar el cargo en cuyo ejercicio causaron los daños o pudieron prevenirlos, lo cual es relativamente probable.

Estos dos factores minan la eficacia preventiva de la responsabilidad patrimonial. Es decir, reducen los incentivos que los agentes públicos tienen para adoptar medidas de cuidado óptimas y, en el caso de que la Administración responda objetivamente, para no desarrollar la actividad potencialmente dañosa en un volumen superior al socialmente deseable. Cuanto menor sea dicha eficacia preventiva, más desaconsejable será la regla de la responsabilidad objetiva.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, el art. 5:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (*Principles on European Tort Law, PETL*), elaborados por el *European Group on Tort Law*.

¹³⁶ Vid. FAIRGRIEVE, «Criminal and Civil Liability», en CANE/HOFMANN/IP/LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 817.

¹³⁷ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, *RAP*, 180, 2009.

- b.5. La responsabilidad objetiva propicia, bajo ciertas condiciones, que los agentes públicos tomen precauciones inadecuadas

La regla según la cual la Administración responde objetivamente de los daños causados por sus actos contrarios a Derecho propicia que los agentes públicos tomen precauciones ineficientes si dicha responsabilidad tiene un coste personal para ellos –por las razones indicadas en el epígrafe anterior– y, además, concurren otras circunstancias, a saber:

1ª. Las medidas de precaución generan externalidades negativas. Los agentes públicos tampoco internalizan siempre todos los costes de las medidas de precaución que toman para prevenir accidentes y eventuales responsabilidades. Dicho de otra manera: esas medidas generan externalidades negativas, costes que soportan otras personas. De resultas de ello, la amenaza que para dichos agentes supone la responsabilidad patrimonial de la Administración puede inducirles a tomar medidas «defensivas», dirigidas a prevenir esa responsabilidad y excesivamente costosas desde el punto de vista del bienestar social¹³⁸. Cuanto mayores sean esas externalidades, mayor será el riesgo de que se adopten semejantes medidas y más desaconsejable será que la Administración responda objetivamente.

2ª. La probabilidad de cometer una infracción aun llevando el cuidado exigible es elevada. El problema que acaba de exponerse se exagera cuando la probabilidad de que la Administración infrinja el ordenamiento jurídico a pesar de que sus agentes han llevado el cuidado socialmente óptimo es relativamente elevada. Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque: las normas que regulan la correspondiente actuación administrativa son imprecisas y poco claras; los tribunales todavía no han aclarado cómo hay que interpretarlas y aplicarlas; la jurisprudencia que las ha interpretado es inconsistente y cambiante, etc.

3ª. Los daños privados resarcibles son superiores a los daños sociales. VAN DEN BERGH y SCHÄFER señalan una buena razón para supeditar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la Unión a la comisión de una «infracción suficientemente caracterizada» o, como ellos prefieren decir, de una «negligencia obvia»¹³⁹.

Muchos daños provocados por las infracciones del Derecho de la Unión encajan en uno de los supuestos usualmente incluidos en la heterogénea categoría de los «daños puramente económicos»¹⁴⁰. Se trata de casos en los que las pérdidas que sufre la víctima de la infracción superan las pérdidas netas sufridas por la entera sociedad. Imaginemos una ley que impone un requisito de calidad alimentaria que viola la libertad de circulación de mercaderías. Como consecuencia de la infracción, ciertos productores extranjeros sufren pérdidas por valor de 105, los consumidores experimentan una pérdida de bienestar de 10 y los productores nacionales

¹³⁸ Vid. DE GEEST, «Who Should Be Immune from Tort Liability?», *Journal of Legal Studies*, 41, 2012, pp. 291-319; DE MOT/FAURE, «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016, pp. 587-618.

¹³⁹ VAN DEN BERGH/SCHÄFER, «State Liability for Infringement of the E.C. Treaty: Economic Arguments in Support of a Rule of “Obvious Negligence”», *European Law Review*, 23, 1998, pp. 552-567; LOS MISMOS, «Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 156:2, 2000, pp. 382-403.

¹⁴⁰ Sobre esta categoría, vid., por todos, GÓMEZ POMAR/RUIZ GARCÍA, «La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho», *InDret*, 4/2002.

incrementan sus beneficios en 100. Nótese que el daño social neto que se deriva de la infracción (15) es muy inferior a los daños que ésta causa a los productores extranjeros afectados (105).

Imaginemos, además, que no era nada fácil precisar *ex ante* si el requisito en cuestión era compatible con el Derecho de la Unión, pues la norma comunitaria violada era muy vaga e imprecisa y el TJUE todavía no se había pronunciado sobre dicha compatibilidad cuando el requisito se impuso.

Pues bien, en los casos en los que (1) los daños causados a las víctimas son superiores a los daños sociales que se derivan de la infracción y (2) el estándar de conducta que las autoridades deben observar es incierto *ex ante*, hacer responsable al Estado de aquellos daños privados simplemente por haber adoptado una medida contraria a Derecho provocará seguramente que las autoridades incurran en un exceso de precaución y se abstengan de adoptar regulaciones socialmente beneficiosas. La regla de la «negligencia obvia» evita este resultado.

En efecto, imaginemos que una autoridad está valorando la posibilidad de establecer una regulación que, según sus estimaciones, generaría un beneficio social neto de 30, lo que le reportaría un rédito político equivalente. El problema es que la compatibilidad de esa regulación con el Derecho es dudosa y, en consecuencia, hay una probabilidad relativamente elevada (0,4) de que el correspondiente tribunal la considere ilícita. Vamos a suponer que en tal caso los empresarios afectados negativamente por la regulación sufrirían pérdidas de 100, muy superiores a los costes que para el conjunto de la sociedad implicaría la regulación (-30). Si en ese caso se aplicara una regla de responsabilidad objetiva (por la mera infracción del Derecho de la Unión), la autoridad afrontaría el riesgo de tener que pagar a dichos empresarios una indemnización esperada de 40 (= 100 * 0,4), lo cual tendría para ella un coste político equivalente. Así las cosas, la autoridad se abstendrá de adoptar esta regulación, cuyo beneficio social esperado es positivo.

En cambio, si aquí se aplica la regla de la responsabilidad por la comisión de una «infracción suficientemente caracterizada» (o «negligencia obvia»), el Estado no responderá en el caso de que la regulación sea finalmente anulada, la autoridad no afrontará el riesgo de indemnizar a los empresarios perjudicados y, a la postre, adoptará la regulación considerada, que resulta beneficiosa para la comunidad.

b.6. Influencia sobre la conducta de los potenciales perjudicados

La responsabilidad objetiva de la Administración por los daños derivados de normas contrarias a Derecho también puede tener un impacto negativo sobre la actividad de las potenciales víctimas.

En primer lugar, esa responsabilidad propicia que dichas personas eleven su volumen de actividad por encima del punto socialmente óptimo¹⁴¹. Este resultado será especialmente pernicioso cuando la actividad genere graves riesgos o externalidades negativas.

En segundo lugar, este efecto puede exacerbarse como consecuencia del impacto que la regla de la responsabilidad objetiva puede tener sobre la actividad de los poderes públicos competentes para dictar normas. Ya hemos visto que esta regla favorece, en determinadas circunstancias, que los agentes públicos adopten medidas ineficientes con el objeto de reducir el riesgo de que la

¹⁴¹ Vid. *supra*, 3.3.b.2.

Administración tenga que resarcir los daños causados por sus disposiciones. Una de esas medidas puede consistir en reducir su nivel de actividad por debajo del socialmente óptimo, lo cual puede provocar, a su vez, que los particulares eleven todavía más el volumen de su actividad y se agrave el problema señalado en el párrafo anterior.

En tercer lugar, la responsabilidad objetiva de la Administración también puede minar por otra vía los incentivos que los particulares tienen para adoptar medidas de precaución socialmente óptimas¹⁴². Si la amenaza de esa responsabilidad no constituye un incentivo suficiente para que los poderes públicos lleven el cuidado óptimo, es posible que lo más conveniente desde el punto de vista del bienestar social sea que las potenciales víctimas eleven su nivel de cuidado para compensar ese déficit. El problema es que a estas personas seguramente no les sale a cuenta elevarlo si la Administración responde objetivamente y los poderes públicos no actúan con el cuidado debido. Elevarlo les supone entonces un coste y ningún beneficio, pues en estas circunstancias la Administración debe dejarlas indemnes en el caso de que les cause un daño.

b.7. Beneficios informacionales de la responsabilidad por negligencia

Una de las grandes ventajas de la responsabilidad por culpa es que produce información pública acerca de las medidas de cuidado que el demandado debía haber tomado. En los pleitos en los que se aplica una regla de responsabilidad objetiva, no hace falta analizar si los causantes adoptaron o no las debidas medidas de precaución, por lo que este problema tiende a quedar oculto. Cuando la responsabilidad es por culpa, en cambio, los Tribunales deben examinarlo y resolverlo, con la ayuda de las partes e incluso de terceros. Y la información que se genera y aflora en un litigio puede ser aprovechada en el futuro por cualquier persona potencialmente implicada en un caso similar, a fin de tomar medidas de precaución eficientes dirigidas a evitar daños¹⁴³.

La aplicación de una regla de responsabilidad por culpa a los casos de normas contrarias a Derecho engendra información pública acerca de las precauciones que las autoridades competentes deberían tomar para evitar cometer infracciones semejantes y mitigar los daños resultantes.

Requerir una «infracción suficientemente caracterizada» para que nazca la responsabilidad patrimonial del Estado por infracciones del Derecho de la UE ha permitido, así, deducir reglas de cuidado que las autoridades deben observar a fin de prevenir y mitigar los daños causados por esas infracciones: tener un conocimiento exacto y actualizado de la jurisprudencia del TJUE con el objeto de no adoptar normas que la contradigan y de derogarlas lo más rápidamente posible si ya hubieran sido aprobadas¹⁴⁴; no ignorar las alegaciones de los afectados de que la norma en

¹⁴² Vid., en sentido similar, DARI-MATTIACCI/GAROUA/GÓMEZ-POMAR, «State Liability», *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 773-811.

¹⁴³ Vid. FEES/WHOLSCHEGEL, «Liability and information transmission: The advantage of negligence-based rules», *Economic Letters*, 92, 2006, pp. 63-67; SHER, «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, 2007, pp. 335-377; SCHÄFER/MÜLLER LANGER, «Strict Liability Versus Negligence», en FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 27-29.

¹⁴⁴ STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 57).

cuestión infringe el Derecho de la UE¹⁴⁵; no adoptar «una actitud renuente u obstinada para corregir la disconformidad con el derecho comunitario europeo»¹⁴⁶; «tomar la iniciativa para clarificar la situación»¹⁴⁷, etc.

b.8. Fundamento jurídico-positivo de la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales

En mi opinión, la referida doctrina jurisprudencial del margen de tolerancia es aplicable *de lege lata* a la responsabilidad civil del Estado por daños derivados de leyes inconstitucionales¹⁴⁸. Esa doctrina se funda en el artículo 32.1 LRJSP, que dispone que no son resarcibles los daños que «el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley». El Tribunal Supremo considera que los particulares tienen ese deber cuando el acto ilegal dañoso es el producto de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico.

Pues bien, el artículo 32.3.a) LRJSP exige, para que el Estado responda por los daños derivados de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, la concurrencia no sólo de los requisitos del apartado 4 del mismo artículo 32, sino también de los «requisitos previstos en los apartados anteriores», entre los que se encuentra el referido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar dichos daños. Y ya sabemos que hay buenas razones para entender que los afectados deben soportar, en principio, los perjuicios causados por un acto (aquí, legislativo) contrario a Derecho cuando este acto es el resultado de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico (en este caso, constitucional)¹⁴⁹. Es más, la razones y las circunstancias que justifican la doctrina del margen de tolerancia concurren con una intensidad y una frecuencia especialmente elevadas cuando se trata de la responsabilidad del Estado legislador. Las disposiciones de la Constitución suelen ser extremadamente imprecisas, admitir varias interpretaciones razonables y dejar un ancho margen de discrecionalidad al legislador para actuar. Además, muchas veces, los perjuicios privados causados por las leyes inconstitucionales son significativamente superiores a los perjuicios que de ellas se derivan para la entera sociedad.

b.9. Responsabilidad y restitución

Interesa dejar claro que la negligencia debe requerirse, cuando proceda, en los casos de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por una norma contraria a Derecho (imaginemos, por ejemplo, un reglamento que prohíbe ilegalmente a determinadas personas el ejercicio de una actividad económica), pero no cuando el Estado se ha enriquecido sin justa causa como consecuencia de la aplicación de una norma tal (v. gr., ha recibido ciertos ingresos tributarios en virtud de una ley inconstitucional). La persona que obtiene un enriquecimiento tal debe restituirlo, aun cuando lo haya obtenido sin dolo ni culpa. Lo mismo ocurre en el Derecho privado. Mientras que «en el régimen común de responsabilidad extracontractual (*ex art. 1902 CC*)

¹⁴⁵ Vid. M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, p. 125; SSTS (Cont.-adm.) de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605) y 6 de mayo de 2016 (ES:TS:2016:1887).

¹⁴⁶ SSTS (Cont.-adm.) de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605).

¹⁴⁷ SSTS (Cont.-adm.) de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605).

¹⁴⁸ En contra, ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, p. 28.

¹⁴⁹ Para más detalles, vid. DOMÉNECH PASCUAL (en prensa).

se exige la concurrencia de culpa o negligencia para que nazca la obligación de reparar», «este requisito es completamente innecesario en el régimen de la acción de enriquecimiento»¹⁵⁰.

c. *Violación de una norma que confiere derechos a los particulares afectados*

En el Derecho de la UE, sus infracciones sólo determinan la responsabilidad patrimonial de la Unión o de sus Estados miembros cuando la norma infringida «tiene por objeto conferir derechos a los particulares afectados». Según el TJUE, la razón de ser de este requisito consiste en «limitar el nacimiento de esta responsabilidad únicamente a aquellas situaciones en las que el comportamiento ilícito de las instituciones, de los órganos y de los organismos de la Unión haya causado un daño a un particular menoscabando sus intereses específicamente protegidos por el Derecho de la Unión»¹⁵¹. En líneas generales, no se consideran normas tales aquellas «puramente de procedimiento o de reparto de competencias» entre autoridades¹⁵². Una regla parecida se aplica en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados de Europa¹⁵³. Sirvan los ejemplos de Alemania¹⁵⁴ y Francia¹⁵⁵.

España es uno de los pocos países europeos donde dicha responsabilidad no está sujeta a semejante requisito¹⁵⁶. Tan sólo algunos jueces y autores han postulado –sin éxito alguno– esta solución precisamente en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En este sentido se pronunciaron varios magistrados en sus votos particulares a la STS (Cont.-adm.) de 2 de junio de 2010 (ES:TS:2010:3898), que declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios que a un trabajador causó la supresión de los salarios de tramitación por un decreto-ley, que había sido anulado por haberse dictado sin que existiera un «caso de extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE).

En opinión de Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA¹⁵⁷:

«No es lo mismo [a los efectos de la referida responsabilidad] una declaración de inconstitucionalidad basada en elementos externos al contenido normativo de la ley anulada que otra fundada en que estos contenidos vulneran, por sí mismos, los derechos de los destinatarios afectados por la ley». «Si la norma legal declarada no conforme a la Constitución lo ha sido por el primer grupo de motivos (que incluyen, por ejemplo, los relativos a cuestiones competenciales o a defectos en la tramitación parlamentaria o, como en este caso sucede, a la incorrecta valoración del requisito de la urgencia necesaria para aprobar un Real Decreto-Ley), este hecho por sí mismo

¹⁵⁰ BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, «Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, 1997, p. 146.

¹⁵¹ STJUE de 25 de febrero de 2021 (*Dalli/Comisión*, C-615/19 P, § 128).

¹⁵² Como advierte el Abogado General Maciej SZPUNAR en sus Conclusiones de 3 de febrero de 2022 (*SGL Carbon/Comisión*, C-65/21 P y C-73/21 P a C-75/21 P, § 38). Vid., también, IGLESIAS SÁNCHEZ, *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un “sistema completo de vías de recurso”?*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 101-105.

¹⁵³ Vid. DÖRR, «Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme», en DÖRR (ed.), *Staatshaftung in Europa. Nationale und Unionsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2014, pp. 7-8.

¹⁵⁴ Vid. el párrafo § 839.1 del Código civil alemán, y ROHLFING, *Amtshaftung*, pp. 110-206 y 311-312.

¹⁵⁵ Vid. las Decisiones del *Conseil d'État* de 18 de noviembre de 2015 (nº 380461) y 24 de diciembre de 2019 (nº 425981); FRIER/PETIT, *Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 2018, nº 1033.

¹⁵⁶ DÖRR, en *Staatshaftung in Europa*, p. 8.

¹⁵⁷ A la que se adhieren Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA y Eduardo ESPÍN TEMPLADO.

–insisto, desligado de cuál sea el contenido sustantivo de la norma legal– no me parece suficiente para abrir paso a la responsabilidad patrimonial del Estado. Responsabilidad que exigiría, siempre según mi opinión, que, además, el contenido material del precepto con rango de ley sea contrario, desde el punto de vista constitucional, a los derechos de los ciudadanos y les haya causado un perjuicio patrimonial efectivo».

En opinión de Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ¹⁵⁸:

«Hay una diferencia entre sufrir la aplicación de una norma contraria a los principios constitucionales y sufrir la aplicación de una norma que, sin ser en sí misma inconstitucional, no habría debido existir: en la primera hipótesis, el patrimonio del particular es perjudicado como consecuencia de una agresión directa al mismo, lo que no ocurre en la segunda hipótesis. En ésta última, la norma inconstitucional tiene una relevancia meramente causal, no de ilicitud intrínseca del daño».

En sentido similar, el profesor GALÁN VIOQUE ha sostenido que:

«Sólo pueden reputarse antijurídicos los daños y perjuicios que sufran los particulares como consecuencia de la aplicación de una ley inconstitucional o de una pasividad legislativa cuando hayan visto lesionados el contenido de derechos materialmente protegidos por la Constitución»¹⁵⁹.

A mi juicio, resulta razonable excluir la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados por la infracción de una regla formal, procedimental o competencial. La responsabilidad civil extracontractual debería nacer sólo cuando se haya producido un daño real y efectivo. Así lo establece explícitamente el artículo 32.2 LRJSP. Sin embargo, en muchas ocasiones en las que se produce una infracción tal, no es posible afirmar con la suficiente certeza que ésta ha causado un daño, una pérdida de utilidad que no se hubiera producido si el legislador –o el poder público de que se trate– hubiera actuado conforme a Derecho.

La mayoría de las reglas formales, procedimentales y de competencia que ordenan la producción de normas jurídicas persiguen asegurar su acierto o, dicho con otras palabras, minimizar el riesgo de que éstas causen perjuicios a la ciudadanía. Pero ello no significa que el incumplimiento de una de estas reglas ocasione necesariamente un daño real y efectivo. Lo único que podemos afirmar es que, según la estimación que subyace implícitamente en la adopción de esa regla, el incumplimiento incrementa el riesgo *ex ante* de establecer una norma socialmente dañina, que reduzca efectivamente el bienestar neto del conjunto de los ciudadanos. Lo cual no implica que este riesgo tenga que materializarse inexorablemente y, por ende, que la norma defectuosa finalmente establecida provoque una disminución del bienestar social. Es más, muchas veces cabe considerar altamente probable que, si no se hubiera producido la infracción, los poderes públicos hubieran aprobado una norma de contenido idéntico o muy similar al de la

¹⁵⁸ A la que se adhieren Ángel AGUALLO AVILÉS, María Isabel PERELLÓ DOMÉNECH y Eduardo ESPÍN TEMPLADO.

¹⁵⁹ GALÁN VIOQUE, *RAndAP*, 41, 2001, p. 178. En sentido similar, MORENO QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, p. 68.

cuestionada¹⁶⁰. En estos casos, con arreglo al estándar de prueba de la probabilidad preponderante, que normalmente se aplica en materia de responsabilidad civil, cabe estimar que la ilegalidad cometida no es causa del daño¹⁶¹. Otra posibilidad sería aplicar una regla de responsabilidad proporcional –es decir, reducir la indemnización en función de la probabilidad de que la ilegalidad haya causado el daño en cuestión–, pero no vamos a analizar aquí las ventajas y desventajas de esta solución¹⁶².

Hago aquí una matización similar a la que hice en relación con la exigencia de la que la infracción sea suficientemente caracterizada. El requisito de que la norma infringida confiera derechos a los reclamantes debería aplicarse, cuando proceda, a los casos de responsabilidad patrimonial, pero no a los de enriquecimiento injusto. Si la norma en virtud de la cual se ha producido una transferencia patrimonial en favor del Estado es inválida, la transferencia también lo será y el Estado tendrá que restituirla, con independencia de la naturaleza de la norma infringida. Ello no quita, por lo demás, que principios como el de seguridad jurídica puedan justificar la consolidación de esa transferencia y de otras situaciones nacidas de la aplicación de la norma contraria a Derecho.

d. *Relación de causalidad*

El artículo 32.4 LRJSP exige para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de una ley inconstitucional que el daño en cuestión «*sea consecuencia de la aplicación*» de ésta. Y la misma regla puede entenderse aplicable a los daños derivados de reglamentos ilegales, en virtud de la cláusula general contenida en el artículo 32.1 LRJSP.

El artículo 32.5 LRJSP parece supeditar la responsabilidad patrimonial del Estado a un requisito más estricto cuando el daño tiene su origen en una ley contraria al Derecho de la UE. Aquí se exige que exista «*una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares*».

En mi opinión, tampoco aquí está justificado distinguir en función del tipo de norma infringida o infractora. De hecho, no se aprecia que nuestros tribunales hagan diferencias en este punto. Es más, la STJUE de 5 de septiembre de 2019 (*AW y otros, C-417/18*, § 41) ha venido a borrarlas de *iure*, al declarar que:

«Cuando, de conformidad con el Derecho nacional de un Estado miembro, una relación de causalidad indirecta entre la infracción cometida por las autoridades nacionales y el daño sufrido por un particular se considera suficiente a efectos de generar la responsabilidad del Estado, tal relación de causalidad indirecta entre una vulneración del Derecho de la Unión, imputable a dicho

¹⁶⁰ Vid., por ejemplo, en relación con las medidas adoptadas durante el primer estado de alarma decretado por el Gobierno español para combatir la covid-19, DOMÉNECH PASCUAL, *Jueces para la Democracia*, 102, 2021.

¹⁶¹ Vid. un análisis comparado y económico de esta regla de exclusión de la responsabilidad –que en Alemania se conoce como «la excepción de la conducta alternativa lícita»– en GRECHENIG/STREMITZER, «Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. Rechtsvergleich, ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung», *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 73, 2009, pp. 336-371.

¹⁶² Vid. GRECHENIG/STREMITZER, *RabelsZ*, 73, 2009. En general, sobre la pertinencia de aplicar la regla de la responsabilidad proporcional a los casos de incertidumbre causal, vid. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid, 2018.

Estado miembro, y el daño sufrido por un particular también debe considerarse suficiente para generar la responsabilidad de dicho Estado miembro por tal vulneración del Derecho de la Unión».

4. Conclusiones

La regulación actual de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de la aplicación de normas contrarias a Derechos es el fruto de un cúmulo de inconsistencias y despropósitos.

El despropósito originario y principal lo cometió el Tribunal Supremo en el año 2000, al consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales con una argumentación rechazable y en unos términos incompatibles con los preceptos legislativos que, en aras de la seguridad jurídica y la economía procesal, disponen la conservación de ciertos actos y situaciones originados en la aplicación de la norma inválida.

Ante las insatisfactorias consecuencias prácticas que se desprenden de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo y el legislador han intentado posteriormente modularla y restringir su alcance, sin abandonarla del todo ni resolver de manera equilibrada y eficiente los problemas planteados. Estos intentos han generado más contradicciones, despropósitos e incluso infracciones del Derecho de la UE.

La necesidad de adaptar la legislación española a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario ofrece una gran oportunidad para revisar, repensar y reformar la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. Esta regulación debería asentarse sobre los siguientes grandes pilares:

1º. El legislador debería establecer las reglas que minimicen el conjunto de los costes sociales derivados de la posibilidad de que los poderes públicos adopten normas contrarias al ordenamiento jurídico.

2º. La regulación debería tener por objeto la responsabilidad patrimonial del Estado por cualesquiera normas contrarias a Derecho. No se aprecian razones que justifiquen que la responsabilidad deba supeditarse a requisitos materiales o procedimentales significativamente distintos en función de si los daños han sido ocasionados por reglamentos ilegales, leyes inconstitucionales o leyes que vulneran el Derecho de la UE.

3º. En los tres casos, los requisitos sustantivos deberían ser los mismos: que exista un daño efectivo e individualizado sufrido por los reclamantes, una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares afectados y una relación de causalidad directa entre la infracción y el daño.

4ª. La regulación establecida debería articular eficientemente, con el menor coste posible para la ciudadanía, los distintos remedios jurídicos que los particulares pueden utilizar para lograr la plena y efectiva tutela de sus derechos lesionados por normas contrarias a Derecho.

A estos efectos, el legislador debería rechazar la solución según la cual la acción de responsabilidad civil por normas contrarias a Derecho es opcional, alternativa e independiente

respecto de los remedios jurídicos con los que los afectados pueden obtener la tutela inmediata, plena y efectiva de sus derechos frente a los actos de aplicación de la norma en cuestión. La acción de responsabilidad debería configurarse con un carácter subsidiario y dependiente respecto de estos remedios. Los ciudadanos perjudicados por la aplicación de la norma no deberían tener derecho a exigir de la Administración el resarcimiento de los perjuicios sufridos, si en su día no utilizaron los remedios dirigidos al pleno restablecimiento de sus derechos lesionados por esa aplicación o los utilizaron y obtuvieron una resolución desestimatoria firme, aunque luego se haya declarado la invalidez de la norma. Esta solución satisface mucho más eficientemente todos los intereses legítimos en juego.

Si se considera que los remedios administrativos y judiciales previstos en la actualidad por el legislador español para impugnar las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho representan un obstáculo irrazonable para lograr la tutela plena y efectiva de los derechos lesionados por esa aplicación, lo que habría que hacer es revisarlos y mejorarlos, pero no permitir su sustitución por un remedio resarcitorio que es intrínsecamente inferior desde prácticamente cualquier punto de vista: la tutela de los derechos afectados, la economía procesal, la prevención de infracciones, etc.

De hecho, el legislador debería mejorar en varios aspectos dichos remedios. Especialmente necesario resulta establecer mecanismos que permitan agregar, coordinar y resolver rápida y eficientemente los pleitos masivos en los que se cuestiona la validez de la misma norma jurídica.

5. Propuesta de *lege ferenda*

En virtud de todo lo expuesto, propongo eliminar el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 32 LRJSP y dar la siguiente redacción a los apartados 4, 5 y 6 de este precepto.

«4. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas por las lesiones causadas por la aplicación de una disposición legal o reglamentaria contraria a Derecho o por la omisión contraria a Derecho de una disposición tal cuando concurren todos los requisitos siguientes:

a) La norma jurídica infringida tiene por objeto conferir derechos a los particulares.

b) La infracción es suficientemente caracterizada.

c) Existe una relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por los particulares.

5. No habrá lugar a la responsabilidad mencionada en el apartado anterior cuando las personas perjudicadas no hayan agotado todos los medios jurídicos legalmente previstos para obtener la plena tutela de sus derechos e intereses legítimos frente a la aplicación de las correspondientes disposiciones u omisiones normativas contrarias a Derecho. Tampoco habrá lugar a dicha responsabilidad cuando, habiéndolos agotado, las personas afectadas hayan recibido una sentencia firme desestimatoria, sin perjuicio de que éstas puedan reclamar una indemnización por error judicial, si concurren los requisitos establecidos al respecto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

6. Tampoco habrá lugar a la responsabilidad referida en el apartado 4 de este artículo cuando la sentencia que haya establecido con efectos generales la invalidez de una disposición u omisión

normativa haya declarado como consolidados o no susceptibles de revisión las situaciones o los actos de aplicación de la disposición u omisión que han causado directamente los daños».

También propongo derogar el párrafo segundo del artículo 34.1 LRJSP y el párrafo tercero del artículo 67.1 LPAC.

6. Bibliografía

ACKER, Martin, «Vorrang des Primärrechtsschutzes: Analyse und Bewertung dieses Grundsatzes im Staatshaftungsrecht», *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 21:22, 2021, pp. 641-646.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 215-240.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 12, 2010, pp. 74-81.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en QUINTANA, Tomás y CASARES, Ana Belén (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, t. I, pp. 503-550.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, en ALONSO GARCÍA, María Consuelo/MARTÍN DELGADO, Isaac, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «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», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, 2021, pp. 179-208.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, «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)», *Cuadernos de Derecho Local*, 19, 2009, pp. 175-188.

ALONSO MAS, María José, «La responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico», *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, 2019.

BLANQUER CRIADO, David, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BOUHON, Frédéric, «La responsabilité civile pour la faute du législateur», *Journal des Tribunaux*, 2020, pp. 745-749.

BUSTO LAGO, José Manuel/PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, 1997, pp. 141-166.

CALATAYUD PRATS, Ignacio, «La responsabilidad del estado legislador tributario», *Quincena Fiscal*, 12/2016, pp. 95-128.

CALVO VÉRGEZ, Juan, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la vulneración del ordenamiento jurídico comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CAMPOS MARTÍNEZ, Yohan Andrés, «La incidencia del artículo 32 de la Ley 40/2015 sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria. ¿Crónica de una muerte anunciada?», *Nueva Fiscalidad*, 5/2016, pp. 121-176.

CAMPOS MARTÍNEZ, Yohan Andrés, «La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por la recuperación de las ayudas de estado declaradas ilegales e incompatibles con el Derecho de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, 13/2017, pp. 41-84.

CAYÓN GALIARDO, Antonio, «La responsabilidad patrimonial derivada de Leyes que vulneran el Derecho comunitario. Un planteamiento nuevo en la STS de 17 de septiembre de 2010», *Revista Técnica Tributaria*, 93, 2011, pp. 9-21.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley», *Cuestiones Constitucionales*, 12, 2005, pp. 131-157.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, pp. 11-59.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, 103, 2015, pp. 171-207.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 315-339.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, BOE, Madrid, 2020.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe/GAROUPA, Nuno/GÓMEZ-POMAR, Fernando, «State Liability», *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 773-811.

DE GEEST, Gerrit, «Who Should Be Immune from Tort Liability?», *Journal of Legal Studies*, 41, 2012, pp. 291-319.

DE JUAN CASADEVALL, Jorge, «La responsabilidad patrimonial del estado-legislador en casos de recuperación de ayudas fiscales selectivas», *Revista Española de Derecho Financiero*, 168, 2015, pp. 159-180.

DE MOT, Jef/FAURE, Michael, «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en OLIPHANT, Ken (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016, pp. 587-618.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001, pp. 269-299.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, 2001, pp. 59-106.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 22, 2003, pp. 577-596.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11, 2005, pp. 13-28.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas, Madrid, 2009.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, pp. 179-231.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «El principio de presunción de validez», en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (ed.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1031-1060.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», *Revista de Administración Pública*, 199, 2016, pp. 171-212.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas adoptadas en un estado de alarma declarado inconstitucional», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 102, 2021, pp. 52-66.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia» (en prensa).

DÖRR, Oliver, «Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme», en DÖRR, Oliver (ed.), *Staatshaftung in Europa. Nationale und Unionsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2014, pp. 1-30.

DUBUISSON, Bernard/VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, «Responsabilité de l'État-legislateur: la dernière pièce du puzzle?», *Journal des Tribunaux*, 6457, 2010, pp. 801-808.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, «Responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad del estado de alarma (o cómo tomarse, de una vez por todas, el Estado constitucional de Derecho en serio)», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 4, 2020, pp. 6-33.

ESEVERRI, Ernesto, *La devolución de ingresos indebidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FAIRGRIEVE, Duncan, «Criminal and Civil Liability», en CANE, Peter/HOFMANN, Herwig/IP, Eric/LINDSETH, Peter (eds.), *Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 811-827.

FEES, Eberhard/WHOLSCHLEGEL, Ansgar, «Liability and information transmission: The advantage of negligence-based rules», *Economic Letters*, 92, 2006, pp. 63-67.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «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)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221, 2022.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 221-237.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 217, 2022, pp. 191-208.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «Estado de Derecho y recuperación de ayudas de estado: la irrelevancia de la cosa juzgada», en PAREJO, Luciano/VIDA, José (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, vol. 1, pp. 1125-1142.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, pp. 99-147.

GARCÍA DE LA ROSA, Carlos, «La responsabilidad patrimonial del estado legislador por declaración de inconstitucionalidad de las leyes en la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 191, 2018, pp. 249-271.

GARCÍA MORENO, Vicente Alberto, «¿Es necesaria una acción directa de responsabilidad contra el Estado ejercitable ante un juez? Análisis de la STJUE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Carta Tributaria*, 88, 2022.

GALÁN GALÁN, Alfredo, *Primacía europea y administración pública. La obligación administrativa de inaplicación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GALÁN VIOQUE, Roberto, «La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 41, 2001, pp. 155-187.

GALÁN VIOQUE, Roberto, «La anulación de un plan urbanístico como fuente de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 46, 2002, pp. 191-226.

GALÁN VIOQUE, Roberto, «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador», *Documentación Administrativa*, 2, 2015.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Legislador legislado (en parte)», *InDret*, 3/2022, pp. i-vi.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «Daño moral», *InDret*, 1/2000.

GÓMEZ POMAR, Fernando/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho», *InDret*, 4/2002.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia, «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución. Un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 381-429.

GRECHENIG, Kristoffel/STREMITZER, Alexander, «Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. Rechtsvergleich, ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung», *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 73, 2009, pp. 336-371.

GUICHOT REINA, Emilio, «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», *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, 2016, pp. 49-101.

GUTIÉRREZ GANDARILLA GRAJALES, Adolfo, «Los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley fiscal y la responsabilidad del Estado regulador», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 224, 2001, pp. 113-153.

IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, «¿Es negligente el ciudadano que no cuestiona la constitucionalidad de una ley o la contravención por la misma del Derecho europeo? De nuevo sobre el principio de fiabilidad del sistema legal y el grado de pericia exigible al sufrido contribuyente», *Diario La Ley*, 10118, 2022.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un “sistema completo de vías de recurso”?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, «The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles (Commission v Spain (C-278/20))», *EU Law Live*, 20 de julio de 2022.

IRANZO CEREZO, José Damián, «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 2020, pp. 201-226.

FRIER, Pierre Laurent/PETIT, Jacques, *Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 2018.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro David, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 2021, pp. 185-197.

LITAGO LLEDÓ, Rosa, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria: razones de su crisis actual y perspectivas de futuro», *Nueva Fiscalidad*, 1/2022, pp. 91-127.

MARTÍN QUERALT, Juan, «La ejecución de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: las peticiones de devolución y las acciones de resarcimiento», *Estudios de Derecho Judicial*, 143, 2007, pp. 289-332.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 556, 2002.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda, «La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho Comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010», *Crónica Tributaria*, 3, 2010, pp. 45-50.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda, «Una reflexión sobre la supeditación del recurso judicial al agotamiento previo de la vía económico-administrativa», *Nueva Fiscalidad*, 2/2018, pp. 177-204.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid, 2018.

MEDINA ALCOZ, Luis, «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 69-91.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco, «La responsabilidad patrimonial del legislador», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7, 2004.

MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

MORENO QUIRÓS, Juan Antonio, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

MORET MILLÁS, Vicente/GATÓO JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, Santiago, «La responsabilidad del Estado legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015», *Revista de las Cortes Generales*, 100-101-102, 2017, pp. 7-46.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, *Responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares por incumplimiento judicial del Derecho Europeo. Una tutela indirecta del consumidor frente a las cláusulas abusivas*, Dykinson, Madrid, 2020.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «La responsabilidad patrimonial por la nulidad de los planes urbanísticos en clave judicial», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 309, 2016, pp. 17-68.

PALMA ORTIGOSA, Adrián, «Las limitaciones al principio de reparación “in natura” por vía legal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, 2017, pp. 313-320.

PÉREZ BERNABEU, Begoña, «La responsabilidad patrimonial del legislador en el ámbito tributario», *Quincena Fiscal*, 3/2016.

PLAZA, Carmen, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence. Going too far in *Transportes Urbanos*», *Review of European Administrative Law*, 3:2, 2010, pp. 27-51.

RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón, «La rectificación por el TS de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario», *Diario La Ley*, 7570, 2011.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «“Igualar por abajo”. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, 38, 2011, pp. 141-171.

RODRÍGUEZ PONTÓN, Francesc J., «Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reaparición del caso de las vacaciones fiscales vascas», *Revista de Administración Pública*, 2008, 2019, pp. 299-324.

ROHLFING, Bernd, *Amtshaftung*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2015.

ROSENTHAL, Lawrence, «A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9, 2007, pp. 797-870.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta, «Los efectos variables de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas tributarias y la imprevisibilidad de sus consecuencias», *Nueva Fiscalidad*, 2/2021, pp. 73-109.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el Derecho español», *Diario La Ley*, 8152, 2013.

SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés, «IVA, violación del derecho de la UE y responsabilidad patrimonial del estado», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2011, pp. 123-140.

SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés, «Próxima condena del TJUE al Reino de España por irresponsabilidad de su Estado legislador (o el permanente deseo de huida del derecho)», *Revista de Contabilidad y Tributación*, 469, 2022, pp. 27-68.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, «Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 65, 2021, pp. 133-160.

SCHÄFER, Hans Bernd/MÜLLER LANGER, Frank, «Strict Liability Versus Negligence», en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 3-45.

SEGÚ VILLUENDAS, Enrique, «Inconstitucionalidad de la Ley 5/1990. Responsabilidad del Estado Legislador», *La Ley*, 1997, t. I, pp. 2073-2078.

SESMA SÁNCHEZ, Begoña, «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho comunitario. Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010», *Diario La Ley*, 7553, 2011.

SHAVELL, Steven, «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 1-25.

SHER, Noam, «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, 2007, pp. 335-377.

SIMÓN ACOSTA, Eugenio, «Los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria», en *Dal Diritto Finanziario al Diritto Tributario. Studi in onore di Andrea Amatucci*, Temis, Bogotá, 2011, vol. V, pp. 251-288.

VAN DEN BERGH, Roger/SCHÄFER, Hans Bernd, «State Liability for Infringement of the E.C. Treaty: Economic Arguments in Support of a Rule of “Obvious Negligence”», *European Law Review*, 23, 1998, pp. 552-567.

VAN DEN BERGH, Roger/SCHÄFER, Hans Bernd, «Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 156:2, 2000, pp. 382-403.

WATTEL, Peter J., «National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?», *Legal Issues of Economic Integration*, 35(2), 2008, pp. 109-132.