

REDE 

Revista Española de Derecho Europeo

84

Octubre – Diciembre 2022

www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo

 Marcial
Pons

ÍNDICE

ESTUDIOS

- Emilio Guichot, *La regulación legal de la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea tras su enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea* 9
- Ana María Vicario Pérez, *Fiscalía europea versus OLAF. Una propuesta en torno a la peculiar atribución de competencias sobre investigaciones contra personas jurídicas* 59

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Fernando Castillo de la Torre, *El Dictamen 1/19 del TJUE sobre el Convenio de Estambul sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica: entre el rigor y el pragmatismo* 93
- José María Rodríguez de Santiago, *El vigésimo intento. La declaración del incumplimiento de España por su regulación de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (c-278/20)* 125

ESTUDIOS

LA REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LEYES CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS SU ENJUICIAMIENTO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

THE LEGAL REGULATION OF LIABILITY FOR LAWS CONTRARY TO EUROPEAN UNION LAW AFTER THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION RULING

Emilio Guichot*

RESUMEN: La aplicación del principio de responsabilidad del Legislador por infracciones del Derecho de la Unión Europea ha estado sometida en nuestro Derecho a grandes vaivenes. El Tribunal Supremo consideró inicialmente que estas reclamaciones no eran equivalentes a las relativas a la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales y, por ello, que no se requería aplicar los mismos requisitos procesales ni sustantivos. Este planteamiento fue rechazado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Transportes Urbanos, a partir de la cual el Tribunal Supremo comenzó a “igualar a la baja” el régimen procesal, sin unificar, sin embargo, el régimen de fondo. El Legislador de las Leyes 39 y 40/2015 procedió a una regulación de la responsabilidad del Legislador la aplicación de leyes contrarias a la Constitución y al Derecho de la Unión europea similar en sus requisitos procesales, esta vez “igualando al alza”, y mantuvo un régimen sustantivo dispar, más generoso en el primer caso y alineado con el requisito de ilegalidad grave sustantiva establecido como mínimo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Sentencia Comisión contra Reino de España de 28 de junio de 2022 ha enjuiciado el régimen legal español, detectando las contradicciones con el Derecho de la Unión de sus determinaciones procesales desde la perspec-

* Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Sevilla.

tiva del principio de efectividad. Además, en cuanto a los requisitos de fondo, ha optado por una novedosa interpretación de la articulación del estándar europeo y las regulaciones nacionales. En el trabajo se lleva a cabo una valoración de esta jurisprudencia y se añaden unas reflexiones para el debate entre la diferencia entre requisitos de fondo y procesales, la relación entre la “tutela primaria” y la acción de responsabilidad o sobre el carácter objetivo o culposo de la responsabilidad del Legislador.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad de los estados por infracción del derecho de la Unión Europea; Requisitos procesales y sustantivos; Principios de efectividad y equivalencia; Violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Supremo. Leyes 39 y 40/2015.

ABSTRACT: The application of the principle of responsibility of the Legislator for infractions of EU Law has been subjected in Spain to great ups and downs. The Supreme Court initially considered that these claims were not equivalent to those relating to the Legislator’s liability for unconstitutional laws and, therefore, that the same procedural and substantive requirements did not need to be applied. This approach was rejected in the Judgment of the Court of Justice of the European Union *Transportes Urbanos*, from which the Supreme Court began to “equalize downwards” the procedural regime, without unifying, however, the substantive regime. The Legislator of Laws 39 and 40/2015 regulated the responsibility of the Legislator for the application of laws in breach of the Constitution and European Union Law in a similar way in its procedural requirements —this time “equalizing upwards—, and maintained a disparate substantive regime, more generous in the first case and aligned with the requirement of serious substantive illegality established as a minimum by the Court of Justice of the European Union. The Judgment of June 28, 2022, Commission against Kingdom of Spain, has analysed the Spanish legal regime, detecting the contradictions of its procedural determinations with the EU Law. In relation to the substantive requirements, it has opted for a novel interpretation of the articulation of the European standard and national regulations. In this paper, an assessment of this jurisprudence is carried out and some reflections are added for the debate between the difference between substantive and procedural requirements, the relationship between “primary remedies” and the action of responsibility or on the objective or subjective nature of the Legislator’s liability.

KEYWORDS: State liability for breaches of EU law; Procedural and substantive requirements; Principles of effectiveness and equivalence; Breach sufficiently serious of a rule of law intended to confer rights on individuals; Court of Justice of the European Union; Spanish Supreme Court; Laws 39 & 40/2015.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN HASTA JUNIO DE 2022: 1.1. La consagración judicial del principio de responsabilidad, la evolución en sus requisitos de fondo y los principios de equivalencia, efectividad y autonomía procedimental. 1.2. Lo relativo de la distinción entre requisitos sustantivos y procedimentales.—2. EL TRIBUNAL SUPREMO Y SU

RETICENCIA A APLICAR EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA.—3. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL LEGISLADOR DE 2015.—4. EL TRIBUNAL SUPREMO SE ADELANTA AL TJUE INTERPRETANDO CON CARÁCTER GENERAL EL RÉGIMEN DE LAS LEYES 39 Y 40/2015.—5. LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022, C-278/20, COMISIÓN CONTRA REINO DE ESPAÑA: 5.1.- El artículo 32.5 como “cláusula de cierre”. 5.2. La regulación del “procedimiento” y su compatibilidad con el principio de efectividad. 5.2.1. El condicionamiento de la posibilidad de indemnización a la existencia de una previa declaración de la Ley como contraria al Derecho de la Unión Europea. 5.2.2. La exigencia 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, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada (y su entronque con el nexo de causalidad). 5.2.3. Las disposiciones relativas al plazo para ejercitar la acción y al período a tomar en consideración (y su entronque con el daño indemnizable). 5. La regulación de los requisitos “de fondo” y su compatibilidad con el principio de equivalencia. Una reorientación del significado de este principio.—6. VALORACIÓN: 6.1. Las contradicciones “de bulto” de la regulación española de la responsabilidad del Legislador con el DUE. 6.2. La nueva interpretación del principio de equivalencia y la voluntad de “uniformar” el régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del DUE. 6.3. El debate entre “tutela primaria” y “acción de responsabilidad”. 6.4. El debate sobre el carácter objetivo o culposo de la responsabilidad del Legislador.—BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En un artículo publicado en esta misma Revista en 2016 analicé “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”¹. Bien podría decirse que el trabajo que aquí se presenta constituye la segunda parte de aquel otro, una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha declarado que la regulación de este género de responsabilidad contenida en las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, no es acorde en diversos aspectos con el Derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE)².

En efecto, este pronunciamiento confirma buena parte de los planteamientos allí realizados, relacionados con la falta de acomodación del régimen legal español al principio de efectividad, pero no el relativo a la aplicación del principio de equivalencia. De esta manera, el TJUE sienta una jurisprudencia de importancia capital, ya no solo en el plano interno español, en la medida en que nuestra regulación legal ha de ser modificada en los aspectos que no

¹ Guichot (2016).

² Sentencia de 28 de junio de 2022, C-278/20, Comisión Europea contra Reino de España.

se acomodan al primero, sino también, más en general, para la interpretación general del principio de responsabilidad de los legisladores nacionales por daños derivados del incumplimiento del DUE y, en concreto, del alcance en ese ámbito del llamado principio de equivalencia, que da un giro a lo que había sido hasta el momento la interpretación judicial y doctrinal más general.

En la medida en que, como señalé, tuve ocasión de exponer el estado de la cuestión anterior al dictado de esta sentencia en el trabajo anteriormente citado, y en una monografía anterior publicada mucho antes, que constituyó una parte de mi tesis doctoral³, el lector me permitirá remitir a estos trabajos y a la bibliografía en ellos citados para un desarrollo *in extenso* sobre los aspectos más conocidos y menos novedosos, haciendo solo una síntesis que permita la comprensión de las claves del sistema, para poder dedicar la mayor atención al análisis y a las consecuencias del pronunciamiento antes referido.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN HASTA JUNIO DE 2022

1.1. La consagración judicial del principio de responsabilidad, la evolución en sus requisitos de fondo y los principios de equivalencia, efectividad y autonomía procedimental

El principio de responsabilidad de los poderes públicos nacionales por infracción del DUE ha sido una creación puramente jurisprudencial del TJUE. “Insinuado” a lo largo de las décadas anteriores, cristalizó en los años noventa y quedó conformada por el trío de pronunciamientos, que figuran ya en cualquier manual de DUE, conformado por las sentencias *Francovich*⁴, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*⁵ y *Hedley Lomas*⁶. Entre ellas hay una notable evolución: en *Francovich* el TJUE acogió una responsabilidad aparentemente objetiva⁷ —al menos, en el caso de la omisión de transposición de directivas—; en *Brasserie du Pêcheur/Factortame* se decantó por una responsabilidad por ilegalidad sustantiva grave cuando existe un amplio margen de apreciación, alineándose así con el criterio determinante de la responsabilidad de las propias Instituciones europeas, a partir de *Hedley Lomas* terminó exigiendo siempre una ilegalidad cualificada, si bien en ausencia de margen

³ Guichot (2001).

⁴ STJUE de 19 de noviembre de 1991, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

⁵ STJUE de 5 de marzo de 1996, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

⁶ STJUE de 23 de mayo de 1996, Asunto C-5/94.

⁷ Así lo entendió la doctrina. Así, entre nosotros Alonso García, R. (1997, 22); Co-breros Mendazona, E. (1995, 90) o Muñoz Machado, S. (1994, 112).

de apreciación toda infracción del DUE constituye una infracción tal, unificando así los requisitos de la responsabilidad estatal y argumentando de este modo que los dos pronunciamientos anteriores son coherentes entre sí.

En ausencia de previsión en los Tratados, el TJUE optó así por una responsabilidad de corte “punitivo”, en que la indemnización de la víctima no depende de la gravedad del perjuicio, sino de la gravedad de la ilegalidad, atendiendo a una serie de factores resultan también relevantes, como la intencionalidad, la persistencia en la infracción, o la contribución de las Instituciones al error (que puede justificar excusar la infracción), o, por el contrario, a ponerlo de manifiesto (con un sentido inverso). En otros trabajos, incluido el antes aludido de 2016, he valorado lo adecuado de esta perspectiva y los resultados a los que da lugar, dando cuenta de la división de su valoración entre la doctrina europea. Son críticos los que creen que, con la disociación entre ilegalidad y violación suficientemente caracterizada, se ha primado la protección de las arcas públicas frente a la plena garantía indemnizatoria del particular, desplazando el foco de la responsabilidad patrimonial de la situación de la víctima al autor del daño y el enjuiciamiento subjetivo del grado de desvalor de su conducta, introduciendo además un criterio casi siempre de difícil y discutible aplicación. Se muestran favorables los que consideran, por el contrario, que el régimen acogido supone un buen equilibrio entre la salvaguarda de la libertad de actuación pública y la protección patrimonial de los ciudadanos, ya que la responsabilidad por mera ilegalidad subvertiría el equilibrio institucional, en la medida en que los Estados se verían obligados a indemnizar solo porque el juez difiere de la interpretación del Legislador o la Administración, que son los llamados originariamente a realizarla, incluso si es razonable y de buena fe, y la consecuencia podría ser un freno a la actividad de los poderes públicos e incluso que los tribunales se volvieran más renuentes para declarar la existencia de cualquier ilegalidad en el contexto de una acción de anulación, ante la perspectiva de tener que declarar posteriormente su responsabilidad. Como entonces apuntaba, la valoración de un régimen de responsabilidad tal “es una cuestión de hondura cuya respuesta no puede separarse de las concepciones últimas como jurista.”⁸

Lo que interesa ahora recalcar, porque es esencial para avanzar en el objeto de este estudio, es que los pronunciamientos de referencia antes consignados contenían una importantísima matización. El TJUE no armonizaba plenamente el régimen de la responsabilidad —o no parecía hacerlo, habrá que decir a partir de ahora, como se verá— sino que se limitaba a fijar, en determinados aspectos, unos mínimos. En efecto, “las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener

⁸ Guichot (2016, 69-71) y la bibliografía allí citada.

la indemnización”, como señalaba la Sentencia *Francovich*⁹. Consagraba así, respectivamente, los principios de equivalencia y de efectividad. Una vez fijados los requisitos de la “violación suficientemente caracterizada”, la “norma atributiva de derechos” y la “relación de causalidad directa” en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, añadió que “los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos”¹⁰. De este modo, el principio de responsabilidad quedaba armonizado respecto de un mínimo, a partir del cual los Estados eran competentes para la regulación, con el límite, eso sí, de los principios de equivalencia y efectividad, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, dentro de lo lícito que en materia de responsabilidad es esta distinción¹¹.

⁹ Apartados 42 y 43.

¹⁰ Apartado 66.

¹¹ En nuestra doctrina, si bien todos los autores llegan al mismo resultado de considerar que no es exigible una ilegalidad cualificada al ser más favorable el régimen objetivo de responsabilidad por leyes inconstitucionales, se ha producido en la más reciente doctrina un debate de si el principio de equivalencia se aplica también o no a las condiciones sustantivas. En efecto, algunos autores consideran que, a la vista del origen de este principio en la jurisprudencia europea, solo sería estrictamente de aplicación a las condiciones procedimentales. Así lo defiende Cobrerros Mendazona, E. (2015a, 129-239), que prefiere hablar del principio de aplicación de la norma más favorable, bien que advirtiendo “una drástica distinción entre requisitos materiales y requisitos formales puede resultar no del todo correcta en el sentido de que, a veces, el cauce condiciona el fondo y viceversa” y que “su reclamo no está exento de alguna explicación, dado el contexto y la formulación utilizada por el Tribunal de Justicia al respecto y dado algún anterior pronunciamiento de este mismo Tribunal, en otro ámbito, en el que el principio de equivalencia parece utilizarse también para los requisitos de fondo” [...] “En todo caso, resulta innegable que, desde los comienzos de su construcción, el Tribunal de Justicia ha querido configurar la responsabilidad patrimonial estatal por incumplimiento de su Derecho con el carácter de un mínimo común denominador para todos los Estados miembros y esto supone, indudablemente, un fondo de exigencias idéntico a todos ellos.” En esta línea, Ruiz López, M. A. (2016, 2793). Huelin Martínez De Velasco, J. (2019, 171-176) estima que, con independencia de su valoración jurídica personal, la Sentencia *Francovich*, con su referencia a las condiciones de fondo y forma, pareció decantar la cuestión en afirmativa. En todo caso, la doctrina mayoritaria sigue entendiendo que esta regla es la expresión del principio de equivalencia, que es también de aplicación a las condiciones de fondo. Así, Iranzo Cerezo, I. (2020, 215), para quien “[...] aun cuando el principio de equivalencia esté llamado a desenvolverse en el ámbito de lo procesal, no cabe admitir que le resulten ajenos los requisitos de fondo. Desde el momento en que al “estándar” de la infracción suficientemente caracterizada “ha de sobreponerse el criterio propio del Derecho del Estado si el mismo fuese más abierto” las condiciones procedimentales y sustantivas no pueden desvincularse”. Iglesias Sánchez, S. (2022, 123-124) analiza con profundidad cómo este principio se ha aplicado en la jurisprudencia de ese tribunal también a las condiciones sustantivas, desde *Francovich* hasta la jurisprudencia posterior, en particular, a la causalidad, y pone de relieve la dificultad de discernir

1.2. Lo relativo de la distinción entre requisitos sustantivos y procedimentales

Como acabamos de señalar, la distinción en materia de responsabilidad entre lo sustantivo y lo procedimental no es nada fácil, si es que acaso es posible.

Una muestra la aporta la consideración en torno al nexo de causalidad. El TJUE estableció con carácter general el requisito de la causalidad directa en su Sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*¹², y consideró que el DUE permite al juez nacional comprobar si el perjudicado ha desplegado un grado de “diligencia razonable” para limitar la magnitud del daño, pero, nótese, lo puso en relación con su jurisprudencia en materia de la responsabilidad de las instituciones, por remisión a una sentencia en que se valora la actividad material de una empresa para limitar el daño (en particular, reorientando su actividad económica), y no la actuación “procesal”¹³. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad estatal se ha planteado si la “diligencia razonable” es exigible también respecto de esta última.

El propio Abogado General Tesauro, en sus Conclusiones a esa Sentencia, puso de relieve al respecto que en los Derechos nacionales cabe constatar la diversidad de soluciones¹⁴.

entre requisitos sustantivos y procesales: “[...] discernir los elementos de derecho nacional que son únicamente de carácter procesal no es un ejercicio fácil, ya que los mismos requisitos pueden ser considerados materiales o procesales en los distintos estados miembros [...] Se hace imperativo, así, que el Tribunal de Justicia ajuste su aproximación conceptual a la relación entre los requisitos mínimos y los principios de equivalencia y efectividad. Si [...] el principio de efectividad se ha reorientado hacia la tutela judicial efectiva, no dando así lugar para la duda en cuanto a su aplicabilidad tanto a condiciones procesales (en sentido estricto), como materiales, el principio de equivalencia debe también beneficiarse del esclarecimiento de su ámbito de aplicación [...] A este respecto, una interpretación estricta del ámbito de aplicación de la equivalencia no puede ser más que contraproducente, ya que llevaría asimismo aparejada la reducción del ámbito de aplicación del principio con respecto al cual el criterio de la equivalencia supone un límite: el principio de autonomía (procesal) de los Estados miembros.” Considera también aplicable el principio de equivalencia a las condiciones de fondo Macías Castaño, J. M. (2021, 483).

¹² Apartado 51.

¹³ Apartados 84 y 85, con remisión a la STJUE de 19 de mayo de 1992, *Mulder* y otros contra Consejo y Comisión, Asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, apartado 33.

¹⁴ Así, ilustra que unos sistemas nacionales afirman la autonomía absoluta (sistema francés); otros niegan la indemnización de los daños que hubieran podido evitarse con la interposición de una acción de nulidad (sistema alemán), y otros supeditan la admisión de la acción de responsabilidad a la previa anulación (sistemas italiano o inglés).