

La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea por los tribunales nacionales. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aproximación a las novedades introducidas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público

Rafael Toledano Cantero

Magistrado del Tribunal Supremo

Sala de lo Contencioso-administrativo

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA CAUSADA POR TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 1. Introducción. 2. La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea. 3. Características del sistema de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea. 4. La sentencia *Köbler*. 5. Un nuevo paso después de *Köbler*: la incompatibilidad con el principio de responsabilidad patrimonial de algunos requisitos en los sistemas de responsabilidad establecidos en las leyes nacionales. Responsabilidad patrimonial y cosa juzgada. Los casos *Traghetti del Mediterráneo* y *Comisión contra Italia*. 6. La sentencia del TJUE en el asunto *Ferreira da Silva y otros v/ Estado portugués*: incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la exigencia de revisión de la decisión judicial como requisito para exigir la responsabilidad patrimonial. 7. La responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea como remedio fundado en el Derecho de la Unión y otros remedios nacionales. 8. La regulación de la responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español. II. CONCLUSIONES. III. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es analizar el estado actual del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho del Unión Europea, especialmente en el ámbito de aplicación judicial del Derecho de la Unión, examinando el impacto de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión. Por otra parte, se analizan los aspectos más controvertidos del nuevo marco legislativo introducido por la Ley 39/2015, de

1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), que ha introducido la regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por infracción del Derecho de la Unión Europea. Por primera vez, nuestro ordenamiento jurídico se ocupa de forma explícita de esta cuestión que, hasta la regulación introducida en el capítulo IV del Título Preliminar de la LRJSP, estaba basada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación, a su vez, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial del Estado. Cosa juzgada. Revisión. Derecho de la Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Köbler. Traghetti del Mediterráneo. Ferreira da Silva.

ABSTRACT: The objective of this paper is to examine the current status of the State liability regime for breach of European Union Law, especially in the field of judicial application of Community Law, examining the impact of the latest rulings of the Court of Justice of the European Union on this issue. On the other hand, the most controversial aspects of the new legislative framework introduced by Law 39/2015, of 1 October, of the Common Administrative Procedure of Public Administrations (hereinafter LPAC), and Law 40/2015 of 1 October, Legal Regime of the Public Sector (hereinafter LRJSP), which has introduced the legal regulation of the State liability of the Public Administration for infringement of European Union Law. For the first time, our legal system deals explicitly with this issue, which, until the regulation introduced in Chapter IV of the Preliminary Title of the LRJSP, was based on the case-law of the Supreme Court in application, in turn, of the case-law of the Court of Justice of the European Union.

KEY WORDS: State liability. Res iudicata. Retrial. European Union law. Court of Justice of the European Union. Köbler. Traghetti del Mediterráneo. Ferreira da Silva.

I. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA CAUSADA POR TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. Introducción

Los principios que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea responden a una creación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se formuló de manera explícita por primera

vez en 1991, en la Sentencia *Francovich* y otros¹, y, posteriormente, con referencia a las infracciones producidas como consecuencia de la actuación de un tribunal de un estado miembro, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2003, asunto *Köbler*². La sentencia del TJUE de 13 de junio de 2006³ (*Traghetti del Mediterraneo*), ratificó esta doctrina, y abordó la existencia de los obstáculos existentes en el sistema de responsabilidad de un Estado miembro para hacer efectivo el principio de responsabilidad, cuestión que luego ha sido objeto de nuevos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, entre los que cabe destacar la sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto *Ferreira da Silva e Brito y otros*⁴. Otros aspectos relacionados con este principio, tanto en cuanto a sus requisitos fundamentales como los efectos que puede producir sobre el principio de cosa juzgada, han sido objeto de análisis en la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, asunto *Milena Tomásová*⁵. Por último, en cuanto a la relación entre los plazos fijados en las legislaciones nacionales sobre prescripción de acciones y la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial, se ha ocupado la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto *Carterpillar Financial Services*⁶. Es interesante contrastar la nueva regulación establecida por el ordenamiento jurídico español y su compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad, a que viene obligado el ordenamiento jurídico ya que, ante la carencia de normas específicas en el Derecho de la Unión Europea, corresponde a los estados miembros arbitrar las normas y los procedimientos para la plena realización de este principio de responsabilidad patrimonial, según ha sido construido por la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

2. La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea

La extensión del principio de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por tribunales nacionales no es más que un nuevo paso, aunque muy importante, en la construcción del principio general de responsabilidad de los Estados miembros por la infracción del Derecho de la Unión. Aunque se ha señalado, con todo acierto, la importancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2003, dictada en el asunto *Köbler*, no cabe olvidar que las bases del reconocimiento de este principio radican, sin

¹ Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados C-6/190 y C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428).

² Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513).

³ (Sentencia de 13 de junio de 2006 (C- 173/03 ECLI:EU:C: 2006:391).

⁴ Sentencia de 9 de septiembre de 2015 (C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565).

⁵ Sentencia de 28 de julio de 2016 (C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602).

⁶ Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (C-500/16, ECLI:EU:C:2017:996).

duda, en la construcción jurisprudencial establecida años atrás⁷, concretamente en 1991 con la sentencia *Franovich*, y mas adelante, en 1996, en la sentencia *Brasserie de Pêcheur y Factortame*, entre otros pronunciamientos. Pero en realidad esta construcción responde también en una necesidad funcional del sistema de los Tratados⁸. Ciertamente *Köbler* supuso un paso definitivo en la consolidación de la doctrina de la responsabilidad de los Estados nacionales cuando la infracción del Derecho de la Unión Europea haya sido causada por la actuación de un tribunal nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea, cuya decisión se produzca en última instancia.

La doctrina fijada en *Köbler* fue seguida de otros pronunciamientos muy importantes, entre los que cabe destacar los asuntos *Traghetti y Ferreira da Silva*, así como en el ámbito de los recursos por incumplimiento los asuntos Comisión contra Italia (Sentencia del TJUE, Sala Tercera, de 24 de noviembre de 2011, C-379/10) y Comisión contra España (Sentencia del TJUE, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 2009, asunto C-154/08). Seguramente el desconocimiento general del alcance de estas dos últimas sentencias dictadas en sendos recursos por incumplimiento, obedece al hecho de que no hayan sido publicadas en su integridad más que en francés y en la lengua de los procedimientos (italiano y español respectivamente). Pese a su escasa difusión, son una muestra evidente de lo que en definitiva significa un cambio de actitud de la Comisión respecto a los incumplimientos de los Estados miembros en materia de infracción del Derecho de la Unión Europea por parte de los órganos judiciales. Mas recientemente cabe destacar otros pronunciamientos que bien han ratificado la doctrina establecida en *Köbler* y *Traghetti del Mediterráneo y Ferreira da Silva*, abordan otros aspectos relacionados con los remedios disponibles ante las situaciones de incumplimiento del DUE, como pueden ser los que afectan a la cosa juzgada de la sentencia, a través de procedimientos de revisión (asunto *Constantin Draços*⁹).

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho de la Unión Europea es un principio propio del Derecho de la Unión Europea, y por tanto, indisponible para los Estados. Su declaración es obra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un principio esencial para la materialización del principio de primacía, consustancial al sistema de los Tratados. Aunque no sea su objetivo principal, y prueba de ello son las limitaciones y requisitos que se exigen para reconocer la existencia de responsabilidad, resulta sin embargo indispensable para

⁷ En esta línea, puede verse la monografía de COBREROS MENDAZONA, E. *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Editorial Iustel, 2015.

⁸ Así lo pone de manifiesto MARTÍN RODRÍGUEZ, P. en «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, 2004, pág.833, afirmando que «[...] el régimen que diseña el Tratado no es conceptual sino funcional».

⁹ Sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto *Draços Constantin Târșia* (C-69/14 ECLI:EU:C:2015:662).

la plena eficacia del sistema del Tratado. Así lo afirmará el propio TJUE al calificar el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables como un principio inherente al sistema del Tratado¹⁰, que, como también declara la sentencia *Franovich*, se basa en la interpretación del entonces art. 5 del Tratado (hoy art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea) en virtud del cual, lo estados miembros deben adoptar las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea¹¹. Entre esas obligaciones se comprende la de eliminar las consecuencias de una violación del Derecho comunitario (apartado 36 *Franovich*). Posteriormente se ratificó y perfiló en otras sentencias, la más destacada de las cuales es *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (sentencia del Pleno de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93).

3. Características del sistema de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea

Las características principales del principio de responsabilidad de los estados miembros surgen de su propia naturaleza, como principio inherente al derecho de la Unión Europea, que, consiguientemente, no puede ser excluido, debilitado o ignorado por la ley de los estados miembros, aunque estos podrán ir más lejos que lo exigido por el Derecho de la Unión Europea en su reconocimiento.

Ahora bien, no toda infracción del Derecho de la Unión Europea será susceptible de generar responsabilidad sino que deberán concurrir una serie de requisitos que fijó de forma explícita la sentencia *Brasserie* en su apartado 51¹². Para ello es preciso que la infracción lo sea de una norma que tenga por objeto atribuir derecho a los particulares. Los incumplimientos formales o de normas que no cumplan este requisito no dan lugar a responsabilidad, aunque si pueden ser objeto de recurso de incumplimiento. La infracción puede ser tanto por acción como por omisión, de

¹⁰ Parágrafo 35 de la sentencia *Franovich*: «De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado».

¹¹ Parágrafo 36 de la Sentencia *Franovich*: «La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario».

¹² Parágrafo 51 de *Brasserie*: «En tales circunstancias, el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas».

normas de efecto directo o no, y de derecho originario o derivado, pero en cualquier caso tiene que ser de normas que atribuyan derechos a los particulares. De ello se sigue que los perjuicios habrán de ser acreditados debidamente.

Además, esta infracción ha de ser suficientemente caracterizada, es decir, no basta cualquier infracción. La jurisprudencia del TJUE ha proporcionado una serie de pautas interpretativas para determinar cuando concurre la infracción suficientemente caracterizada. Este requisito ha sido objeto de una exhaustiva jurisprudencia posterior en particular cuando se produce en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia, determinando una serie de supuestos en los que se puede entender que la infracción ha sido suficientemente caracterizada. Así, en el párrafo 56 de *Brasserie*, el TJUE apunta a una serie de criterios que no siendo enumerados exhaustivamente, sí que proporcionan una panorámica bastante completo de los indicios que han de ser tomados en consideración. Así, afirma el TJUE que entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. Y, añade finalmente, en cualquier caso se debe considerar que una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado en el tiempo a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido¹³.

Por último es imprescindible la relación de causalidad entre el incumplimiento del Estado miembro y el daño sufrido, que lo ha de ser precisamente por el no disfrute del derecho atribuido en la norma del Derecho de la Unión Europea infringido.

Sin embargo, no existe un procedimiento específico en el Derecho de la Unión ni un cauce ante sus Tribunales para satisfacer este derecho a la reparación. Deben seguirse los procedimientos internos y corresponde a las autoridades del propio Estado satisfacer este Derecho, en igualdad de condiciones con las reclamaciones por responsabilidad por infracción del derecho interno, y en cualquier caso por un procedi-

¹³ Apartados 56 y 57 de *Brasserie*.

miento suficientemente efectivo¹⁴. Las condiciones de responsabilidad establecidas en *Köbler* y en la jurisprudencia posterior en materia de responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional no presentan significativas diferencias de las que se fijaron por la doctrina general de TJUE sobre responsabilidad patrimonial del DUE, concretamente en la sentencia dictada el 19 de noviembre de 1991 en *Francoovich y otros*¹⁵, y posteriormente en *Brasserie de Pecheur y Factortame*, en fecha 5 de junio de 1996¹⁶, ya citadas.

En *Köbler* se reiteran estas condiciones que ya nos son bien conocidas, esto es, que la norma del Derecho de la Unión Europea infringida esté dirigida a conferir derechos individuales; en segundo lugar, que la infracción de la misma sea suficientemente caracterizada; finalmente, que exista una relación de causalidad bien establecida entre el daño producido y la infracción del derecho comunitario. A estas condiciones, que son las generales en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, el TJUE añadió, ya en *Köbler*, la necesidad de que, dada la especial naturaleza de la función judicial y el principio de independencia, la responsabilidad solo concurriría cuando la infracción sea “manifiesta”¹⁷. Cabe observar que, con ello, el TJUE parece endurecer significativamente los requisitos para la exigencia de responsabilidad de los Estados cuando se trata de una infracción al DUE con causa en la actuación de

¹⁴ Apartado 42 y 43 de *Francoovich*: «42 [...] El Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec. p. 45; de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, y de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, Rec. p. 1805). 43 Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véase, en lo que respecta a la materia análoga del reembolso de gravámenes percibidos en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario, especialmente la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. p. 3595)».

¹⁵ Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados *Francoovich y otros* C-6/90 y C-9/90 EU:C:1991:428).

¹⁶ Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996 (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93).

¹⁷ En *Köbler* se afirma por el TJUE: «Por lo que se refiere en particular al segundo requisito y a su aplicación con el fin de declarar una posible responsabilidad del Estado debida a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, como también han alegado los Estados miembros que han presentado observaciones en este asunto. La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable» (*Köbler*, par. 53).

los Tribunales nacionales. Aquí el TJUE actuó en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses que representan la esencia del Derecho la Unión Europea, es decir, su relación de primacía con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y por consiguiente, la necesidad de que su implantación sea efectiva, frente a las actuaciones de los Tribunales nacionales que pudieran infringir el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y la voluntad de mantener una relación esencialmente colaborativa con los Tribunales nacionales¹⁸. Sin embargo, aunque el sentido del fallo no llegó a estimar la existencia de responsabilidad patrimonial del estado, como proponía en sus conclusiones del Abogado General Legger, que se mostró favorable a la declaración de responsabilidad¹⁹, sin embargo, no dejó por ello de asentar las bases de la responsabilidad del estado por la infracción del DUE por un órgano judicial resolviendo en última instancia. Sin embargo, las diferencias con el régimen general de responsabilidad son más aparentes que reales, ya que la exigencia que la infracción sea suficientemente caracterizada, también el ámbito general de la responsabilidad del Estado, no se diferencia tanto del requisito de que esta infracción sea, en el caso de la cometida por un órgano jurisdiccional, manifiesta.

En la relación de equilibrio, colaboración y diálogo entre el TJUE y los Tribunales nacionales destaca especialmente la posición de los órganos que resuelven en última instancia, calificación en la que, dada la autonomía conceptual de esta noción en el Derecho Europeo, y dependiendo de los sistemas procesales de cada estado miembro, podrían entenderse incluidos los Tribunales o Cortes de Garantías Constitucionales. Ahora bien, resulta obvio que dada la función de unificación de la interpretación de las normas jurídicas que desempeñan los órganos que resuelven en última instancia, en tanto están llamados a asegurar la uniformidad y correcta aplicación del Derecho, también el de la Unión Europea, en este nivel deviene en obligatoria la potestad de recabar del TJUE la cuestión prejudicial para establecer la correcta interpretación del DUE, conforme al art. 267 del TFUE. Por ello el incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial opera como un elemento relevante para determinar la calificación de infracción grave y manifiesta ante un eventual supuesto de vulneración del Derecho de la Unión Europea. Ello no quiere decir que ante interpretaciones contradictorias de tribunales inferiores, e incluso ante el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por un tribunal inferior,

¹⁸ Ver en este sentido SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. "Responsabilidad de los tribunales nacionales y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados Miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la Sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia". *Revista del Poder Judicial*, 71, tercer trimestre 2003.

¹⁹ «5) Debe interpretarse que el artículo 39 CE tiene por objeto conferir derechos a los particulares. En circunstancias como las del litigio principal, puede estimarse que el error cometido por el Verwaltungsgerichtshof sobre el sentido y alcance de dicho artículo del Tratado es inexcusable y, por tal motivo, puede generar la responsabilidad del Estado» (Conclusiones del Abogado General Léger al asunto *Köbler*).

compela en todo caso al Tribunal Supremo del correspondiente Estado a esperar a la resolución de tal cuestión prejudicial o a plantear a su vez cuestión prejudicial. Ello va a depender del grado de claridad de la disposición del Derecho de Unión que esté en cuestión, permaneciendo como responsabilidad última del órgano judicial supremo adoptar la posición que considere pertinente. Así lo ha declarado el TJUE en su sentencia de 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-72/14 y 197/14 sobre encuadramiento nacional en el régimen de Seguridad Social de bateleros del Rin²⁰.

4. La sentencia Köbler

En *Köbler*, se vuelve a poner de manifiesto la importación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, si bien en el asunto originario suscitado por el Sr. Köbler sobre la compatibilidad de la Ley Austriaca de retribuciones del profesorado universitario, el Tribunal nacional planteó en principio una cuestión prejudicial sobre la interpretación del derecho de la unión²¹, sin embargo la retiró antes de su resolución por el TJUE, en aplicación de la doctrina *CILFIT* o doctrina del acto claro, y aunque sea cierto que lo hizo a instancia o por iniciativa del propio Secretario del TJUE, al resolver sobre el fondo evidenció que no se atuvo a la doctrina que resultaba de la jurisprudencia del TJUE sobre la cuestión de fondo planteada, con lo que cual incurrió en uno de los supuestos que en principio son constitutivos de infracción manifiesta del derecho de la UE. Para el Abogado General Léger, tal y como expone en sus conclusiones, concurre un claro supuesto de infracción manifiesta, y por eso propuso dar lugar a la declaración de infracción manifiesta y grave por el tribunal austriaco. El TJUE no llegó a este extremo, pero si aprovecho para sentar la doctrina que luego sería consolidada en *Traghetti* y más tarde en *Ferreira da Silva*.

Conviene explicar con algún detalle el curso de los acontecimientos en *Köbler* para comprender cómo, en las circunstancias peculiares de este caso cristalizó la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del

²⁰ Sentencia de 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-72/14 y 197/14 [*X v/ Inspecteur van Rijksbelastingdienst* (C72/14) y *T.A. van Dijk v/ Staatssecretaris van Financiën* (asunto C-197/14)] ECLI:EU:C:2015:564, párrafo 63: «[...] El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, como es el caso del órgano jurisdiccional remitente, no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial».

²¹ La petición de decisión prejudicial que se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia con el número C-382/97 y fue posteriormente retirada, a la luz de la sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöningh-Kougebetopoulou* (C-15/96).

Derecho de la Unión Europea para el caso singular de que ésta fuera cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia.

Desde el 1 de marzo de 1986, el Sr. Köbler mantenía con el Estado austriaco una relación laboral de Derecho público como catedrático de universidad en Innsbruck (Austria). En el momento de su nombramiento se le atribuyó la retribución correspondiente a los catedráticos universitarios situados en el escalón décimo, más el complemento normal por antigüedad. Mediante escrito de 28 de febrero de 1996, el Sr. Köbler solicitó el complemento especial por antigüedad de los profesores universitarios al amparo del artículo 50 bis de la *Gehaltsgesetz 1956* (Ley de retribuciones de 1956, BGBl. 1956/54; en lo sucesivo, «GG»)²². Alegó que, aunque no podía acreditar quince años de antigüedad como profesor en universidades austriacas, sí cumplía el requisito de antigüedad si se tenía en cuenta la duración de sus servicios en las universidades de otros Estados miembros de la Comunidad. Afirmó que la exigencia de quince años de antigüedad únicamente en universidades austriacas -sin tomar en consideración la adquirida en las universidades de otros Estados miembros- constituía, desde el momento en que la República de Austria se adhirió a la Comunidad, una discriminación indirecta no justificada por el Derecho comunitario.

En el litigio al que dio lugar esta pretensión del Sr. Köbler, el *Verwaltungsgerichtshof* (Austria) dirigió al Tribunal de Justicia, mediante resolución de 22 de octubre de 1997, una petición de decisión prejudicial que se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia con el número C-382/97. Mediante escrito de 11 de marzo de 1998, el Secretario del Tribunal de Justicia preguntó al *Verwaltungsgerichtshof* si juzgaba necesario mantener su petición de decisión prejudicial a la luz de la sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou* (C-15/96)²³.

²² El artículo 50 bis, apartado 1, de la GG en su versión modificada en 1997 (BGBl. I, 1997/109) tiene el siguiente tenor: «Un profesor universitario (artículo 21 de la UOG 1993) o un catedrático de universidad o de un centro de enseñanza superior que acredite quince años de servicios en esa categoría en universidades o centros de enseñanza superior austriacos, que haya tenido derecho durante cuatro años al complemento por antigüedad previsto en el artículo 50, apartado 4, podrá solicitar, a partir del momento en que concurran ambos requisitos, un complemento especial por antigüedad que computará a efectos de la pensión de jubilación y cuyo importe ascenderá al del complemento por antigüedad establecido en el artículo 50, apartado 4».

²³ La sentencia de 15 de enero de 1998, asunto C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, ECLI:EU:C:1998:3 había declarado que una cláusula similar a la establecida en la CG puede violar el principio de no discriminación y libertad de circulación de trabajadores consagrado en el art. 48 del Tratado y los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al actuar los requisitos de ascenso por antigüedad en perjuicio de los trabajadores migrantes que hayan desarrollado una parte de su carrera en la Administración Pública de otro Estado miembro. No puede verse justificada, tratándose de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, ni mediante alegaciones relativas a las especiales características del empleo en la Administración Pública ni, habida cuenta de la pluralidad de empleadores, por el interés en recompensar

El Verwaltungsgerichtshof instó a las partes del litigio del que conocía a pronunciarse sobre la pregunta del Secretario del Tribunal de Justicia, e hizo observar con carácter provisional que la cuestión jurídica objeto del procedimiento prejudicial de que se trataba había sido resuelta en favor del Sr. Köbler. A continuación el Verwaltungsgerichtshof retiró su petición de decisión prejudicial. Pero, mediante sentencia del mismo día en que retiró la cuestión prejudicial (sentencia de 24 de junio de 1998) el Verwaltungsgerichtshof desestimó el recurso del Sr. Köbler por considerar que el complemento especial por antigüedad constituía una prima de fidelidad que justificaba objetivamente una excepción a las normas del Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores.

En esta sentencia de 24 de junio de 1998 expone en particular que no podía mantener el criterio que había expresado al plantear la cuestión prejudicial, y más tarde a retirar la cuestión prejudicial por entenderla resuelta favorablemente al Sr. Köbler, esto es que el “complemento especial por antigüedad para catedráticos universitarios” no constituye una prima de fidelidad ni una gratificación, sino más bien parte integrante de la retribución en el marco del sistema de promoción.

Para justificar este cambio de apreciación tan relevante, el Verwaltungsgerichtshof se limitó a exponer que « [e]ste criterio jurídico, formulado de modo que no vincula al tribunal respecto a las partes del procedimiento contencioso-administrativo, no puede mantenerse. [...] dado que el presunto derecho del [Sr. Köbler] a percibir un complemento especial por antigüedad al amparo del artículo 50 bis de la Gehaltsgesetz de 1956, controvertido en el presente asunto, constituye una prima de fidelidad regulada legalmente y el Tribunal de Justicia ha reconocido que una normativa de ese tipo puede justificar, por los motivos señalados, una medida que diverja en cierto modo de la prohibición de discriminación, el recurso basado en la violación de dicha prohibición de discriminación resulta infundado; por consiguiente debe ser desestimado [...]».

El Sr. Köbler interpuso una demanda de indemnización contra la República de Austria ante el órgano jurisdiccional competente, el Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, que planteó, con arreglo al artículo 234 CE, cinco cuestiones prejudiciales sobre la interpretación, por una parte, del artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) y, por otra, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se desprende en particular de las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93) y de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult* (C-54/96)²⁴.

la fidelidad de los empleados (sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou* (C-15/96, Rec. p. I-47).

²⁴ Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413).

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de una acción de responsabilidad ejercitada por el Sr. Köbler contra la República de Austria por vulneración de una disposición del Derecho comunitario mediante la ya citada sentencia del Verwaltungsgerichtshof, el órgano jurisdiccional supremo en materia contencioso-administrativa. En su demanda, el Sr. Köbler sostendrá que la República de Austria debería repararle el perjuicio supuestamente sufrido al no habersele abonado el complemento especial por antigüedad. Sostiene que la sentencia del Verwaltungsgerichtshof de 24 de junio de 1998 vulneró normas de Derecho comunitario directamente aplicables, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia en las sentencias en las que declaró que un complemento especial por antigüedad no constituye una prima de fidelidad.

La República de Austria sostendrá que la sentencia del Verwaltungsgerichtshof de 24 de junio de 1998 no vulnera el Derecho comunitario directamente aplicable, y lo que es más importante, a los efectos que nos ocupan, que a su juicio la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, como el Verwaltungsgerichtshof, no puede hacer nacer una obligación de reparación a cargo del Estado.

En su sentencia *Köbler*, el TJUE, reiterara la doctrina antes establecida en *Francovich*, *Brasserie* y otras, declarando explícitamente que el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, y reitera el principio de autonomía procedimental de los estados miembros, declarando que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación.

En cuanto a los requisitos, declarará que a tal efecto deberán concurrir los mismos requisitos que se aplican a la responsabilidad del Estado por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma del Derecho comunitario. Tan sólo precisará que – y este es un matiz importante – por lo que se refiere en particular al requisito de que la infracción sea suficientemente caracterizada, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, como habían alegado los Estados miembros que presentaron observaciones en el asunto *Köbler*, por lo que matizará que la responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese

tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable²⁵.

El TJUE declarará de forma explícita que el proceder del tribunal austriaco (Verwaltungsgerichtshof) incurrió en infracción suficientemente caracterizada, ya que este órgano jurisdiccional no podía considerar que la solución de la cuestión jurídica controvertida se desprendía de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia o no dejaba lugar a ninguna duda razonable, y, por lo tanto, tenía la obligación, con arreglo al artículo 177, párrafo tercero, del Tratado, de mantener su petición de decisión prejudicial. Sin embargo, separándose en este punto de las conclusiones del Abogado General Legger, el TJUE sostendrá que la decisión del Verwaltungsgerichtshof de retirar la petición de decisión prejudicial por estimar que la respuesta a la cuestión de Derecho comunitario que había de resolverse ya la daba la sentencia *Schöning-Kougebetopoulou*, antes citada, estuvo basada en una lectura errónea de la mencionada sentencia que, sin embargo, no constituyó una infracción manifiesta y grave del Derecho comunitario, ya que éste no regula de manera expresa la cuestión de si una medida por la que se intenta obtener la fidelidad de un trabajador hacia su empresario, como una prima de fidelidad, aun cuando en principio pudiera implicar un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, puede estar justificada en razones imperiosas de interés general y, por tanto, ajustarse al Derecho comunitario que acepta esta excepción. Para el TJUE se trata de una cuestión que no tenía una respuesta evidente ni en el Derecho comunitario, ni tampoco encontraba respuesta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Se puede concluir que en *Köbler* el TJUE hace un pronunciamiento severo en cuanto a la doctrina que establece, pero finalmente no declaró la existencia de responsabilidad del tribunal nacional. Sin embargo las bases del principio de responsabilidad del estado por la vulneración del DUE por un tribunal que resuelve en última instancia quedaron firmemente establecidas.

Se puso de manifiesto así que la voluntad del TJUE es recabar la colaboración de los órganos judiciales de última instancia en la aplicación del derecho de la Unión,

²⁵ Concluye el TJUE que «De todo lo que antecede resulta que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas. Para determinar si la violación está suficientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de ese tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, si dicha violación presenta un carácter manifiesto [...]» (*Köbler*, 59).

ya que tienen atribuida una función nomofilática, en muchos casos a través de instrumentos procesales como el recurso de casación, que precisamente se orientan a este resultado más que a la revisión en su totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia. Los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia están llamados, tanto por su posición jerárquica como funcional, a garantizar la correcta y uniforme aplicación del Derecho de la Unión Europea. Precisamente por esta posición estratégica es por lo que el art. 267 del TFUE, apartado 3, remarca la obligación de estos órganos de plantear la cuestión prejudicial de interpretación cuando se cumplan las condiciones necesarias para ella, y la eventual responsabilidad en que incurren cuando no procedan así y de ello resulta una infracción del Derecho de la Unión Europea que haya originado un perjuicio al particular. La competencia exclusiva del TJUE de garantizar la interpretación unificada del Derecho de la Unión Europea, y pronunciarse sobre su validez requiere de la leal colaboración de los órganos judiciales nacionales, y en especial de los órganos supremos.

En *Köbler* el TJUE hubo de examinar las razones opuestas por los estados miembros para reconocer un principio de responsabilidad del estado por las resoluciones judiciales que, en muchos ordenamientos nacionales era rigurosamente desconocido y hasta excluido explícitamente. Aunque tanto el Abogado General Legger en sus conclusiones (puntos 77 a 82) como la sentencia afirman que este principios encuentra respaldo en la mayoría de los estados miembros, admiten que ello es así bajo condiciones restrictivas y heterogéneas (Sentencia *Köbler*, párrafo 48). Lo cierto es que no pocos de los ordenamientos nacionales excluyen directamente esta posibilidad, lo cual, sin perjuicio de que pueda requerir ciertas matizaciones, demuestra las dificultades para implantar un sistema que, sin embargo, al nacer directamente del Derecho de la Unión Europea no puede ser excluido ni ignorado por el estado miembro. Así ocurriría, según VARGA²⁶, en al menos cinco sistemas legales nacionales, que excluyen explícitamente la responsabilidad por actuación judicial en los casos estrictamente nacionales: Bulgaria, Grecia, Irlanda, Holanda y el Reino Unido de Gran Bretaña. Siguiendo las conclusiones expuestas por VARGA²⁷, y en la misma línea pueden consultarse los trabajos de SCHERR²⁸, el principio de cosa

²⁶ VARGA, Z. «National remedies in the case of violation of EU law by Member State courts» (2017) 54 *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 51–80.

²⁷ VARGA, Z. «Why is the Köbler principle not applied in practice?», *Maastrich Journal* 6, 2016, págs. 989 a 991.

²⁸ SCHERR, K. M. «Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches» *ERA Forum* (2012) 12: 565. <https://doi.org/10.1007/s12027-011-0242-8>; SCHERR, K. M. «The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Case Gerhard Köbler v. Austria under European Community Law and from a Comparative National Law Perspective», Florence, European University Institute, 2008, EUI PhD theses; Department of Law; URI: hdl.handle.net/1814/13165; DOI: 10.2870/22523.

juzgada constituye un impedimento considerable para la responsabilidad judicial en otros estados miembros entre los que menciona Croacia, Francia, Hungría, Italia y Luxemburgo; por otra parte, la necesidad de proceder previamente a la revisión (*prior reversal*) de la decisión a la que se atribuye la infracción del Derecho de la Unión Europea constituiría en no pocos Estados miembros un prerequisite para exigir la responsabilidad patrimonial en al menos siete ordenamientos jurídicos nacionales. Finalmente la declaración de error judicial de la decisión objeto de reclamación de responsabilidad patrimonial es un requisito previo en varios estados miembros, entre los que se cuenta España, siendo de reseñar que, como es bien conocido en España, los criterios para calificar de error judicial una decisión judicial son extraordinariamente estrictos. Así ocurre también en Dinamarca. En otros estados miembros el obstáculo principal es que se exige la declaración de responsabilidad criminal del juez que adoptó la decisión a la que se atribuye el error por el que se demanda la indemnización por responsabilidad. Finalmente, algunos estados miembros excluyen la responsabilidad respecto a las decisiones adoptadas por su corte suprema²⁹.

Aun a pesar de las restricciones legales expuestas, la doctrina *Köbler* ha encontrado un alto grado de aceptación en los Tribunales de los Estados miembros, que, sobre la base del efecto de primacía del derecho europeo, reconocen la posibilidad de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia. Los tribunales supremos de los estados miembros que han aplicado el principio de responsabilidad patrimonial por infracción judicial del Derecho de la Unión Europea han debido dejar inaplicadas en no pocos casos las reglas legislativas nacionales que restringen, en el ámbito del derecho nacional, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. En algunos casos, los más conocidos, esta inaplicación ha estado precedida del correspondiente planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE, que en varias sentencias ha declarado la incompatibilidad de distintas normas nacionales con los principios de equivalencia y efectividad. Así por ejemplo en el caso de Portugal, como consecuencia de la sentencia dictada por el TJUE en *Ferreira da Silva*, y en Italia, como consecuencia de la sentencia del TJUE en *Traghetti del Mediterraneo*. En otros casos, se han producido reformas legislativas bien para adecuar el sistema de responsabilidad a los requisitos exigidos por el principio de efectividad, como es el caso de Italia con la reforma de 2015 de la Ley Vasalli, bien para adecuar otros sistemas de restitución alternativos, como es el caso de Rumanía, que ha introducido la posibilidad de revisión en las sentencias dictadas en vía contencioso-administrativa

²⁹ VARGA, Z (2016): 989 y 990, notas 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36.

cuando se haya apreciado que incurren en infracción la infracción del Derecho de la Unión Europea ³⁰.

5. Un nuevo paso después de Köbler: la incompatibilidad con el principio de responsabilidad patrimonial de algunos requisitos en los sistemas de responsabilidad establecidos en las leyes nacionales. Responsabilidad patrimonial y cosa juzgada. Los casos Traghetti del Mediterráneo y Comisión contra Italia

En la sentencia dictada en el asunto *Köbler* el TJUE estableció de manera inductiva el principio de responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia. Aunque allí quedaron ya apuntados los principales problemas para asentar en la práctica este principio, a saber, intangibilidad de la cosa juzgada, protección de la independencia judicial, así como los problemas de naturaleza de procedimental, lo cierto es que todos fueron rechazados por el TJUE en el plano teórico, pero, al no declarar la existencia de infracción suficientemente grave y manifiesta, no llegó a suscitarse la compatibilidad efectiva del sistema austriaco.

Estas cuestiones, como decimos, estuvieron ya presentes en el debate de *Köbler*, si bien en aquel momento no se planteó la disconformidad del régimen de responsabilidad patrimonial nacional que, por el principio de autonomía procedimental, debería servir para hacer efectivo el derecho a la indemnización. Desde entonces, no son pocas las ocasiones en que el TJUE se ha enfrentado de nuevo a las tradicionales objeciones planteadas por los estados miembros, con base en su propia legislación, para oponerse a la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones judiciales. Por una parte la existencia de sentencias o resoluciones firmes en las que se hubiera cometida la pretendida infracción del y el debido respeto al principio de cosa juzgada. Por otra la independencia de los tribunales de justicia y la existencia de sistemas nacionales que establecen un régimen de responsabilidad muy restrictivo. Finalmente, los problemas de orden procedimental como la ausencia de un órgano específico para juzgar estas pretensiones cuando se dirijan contra el Tribunal Supremo.

El caso más relevante ha sido el de la Ley de la República Italiana vigente al tiempo de la cuestión resuelta en el asunto *Traghetti del Mediterráneo*, la denominada Ley Vasalli, que en la redacción vigente hasta su reforma por Ley de febrero de 2015,

³⁰ El art. 21 de la Ley 554/2004, de Procedimiento contencioso-administrativo (Leggea contenciosului administrativ nr. 554/2004) de 2 de diciembre de 2004, en su versión de 2004, permite el recurso de revisión de sentencias firmes e irrevocables dictadas por los órganos de lo contencioso-administrativo, además de en los casos establecidos en el Código de Enjuiciamiento Civil, en los casos de existencia de sentencias firmes e irrevocables que violan el principio de primacía del Derecho de la Unión. Ver parágrafo 3 de la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015 (C-69/14).

dificultaba extraordinariamente, hasta hacerlo inviable en la práctica, el principio de responsabilidad patrimonial del estado por infracción del Derecho de la Unión Europea.

En el caso *Traghetti del Mediterraneo* la cuestión se plantea con toda crudeza habida cuenta, no sólo de las especiales características de la legislación italiana que por entonces regulaba la responsabilidad de los magistrados³¹, sino también de la jurisprudencia que había ido configurando una interpretación extraordinariamente restrictiva de la citada Ley Vasalli. El TJUE examinó la legislación vigente entonces y determinó su incompatibilidad con el DUE al establecer unas condiciones para la exigencia de la responsabilidad del Estado extraordinariamente restrictivas, a tenor de los términos en que explicó tal régimen por el órgano judicial requirente. Así, declaró el TJUE que « el Derecho comunitario se opone a una legislación nacional que excluye, con carácter general, la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia debido a que tal violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional. El Derecho comunitario se opone asimismo a una legislación nacional que limita la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable, tal como se precisa en los apartados 53 a 56 de la sentencia Köbler»³².

El pronunciamiento del TJUE no se tradujo, sin embargo, en ninguna modificación. La persistencia del mencionado régimen legislativo en Italia, años después de la sentencia *Traghetti del Mediterraneo*, llevó a la Comisión Europea a plantear en 10 de febrero de 2009 un requerimiento en que cuestionaba la compatibilidad de la Ley Italiana, según la interpretación ya formulada por el TJUE en *Traghetti*, con el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. Ni esta carta, ni la posterior de 22 de marzo de 2010, con el mismo objeto, obtendrán respuesta³³ por lo que se planteó por la Comisión un recurso por incumplimiento que se sustanció en el asunto C-379/10, en el que el TJUE, por sentencia de Sala de 24 de noviembre de 2011 (Sala Tercera) volvió a declarar que «[...] la República Italiana ha incumplido

³¹ Ley de 13 de abril de 1988 n° 117, sobre la reparación de los daños causados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y la responsabilidad civil de los magistrados (Legge Vasalli).

³² *Traghetti del Mediterraneo*, pár. 46.

³³ En este sentido, DI COMITÉ, V. «El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debido a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47, 2014, pág. 49 a 88.

las obligaciones que le incumben en virtud del principio general de responsabilidad de los Estados miembros por infringir el Derecho de la Unión uno de sus órganos jurisdiccionales que resuelve en última instancia al:

— excluir por completo la responsabilidad del Estado italiano por los daños causados a los particulares como consecuencia de infracciones del Derecho de la Unión cometidas por un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, cuando esa infracción se deriva de la interpretación de las normas jurídicas o de la valoración de hechos o pruebas realizadas por dicho órgano jurisdiccional, y

— limitar esa responsabilidad a los supuestos en que exista dolo o culpa grave, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartados 1 y 2, de la Ley no 117 sobre la indemnización de los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y la responsabilidad civil de los magistrados [legge n. 117- 181] (sul) risarcimento dei danni cagionati nell' esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati], de 13 de abril de 1988, en las condiciones allí establecidas.

Conviene precisar que esta legislación ha sido posteriormente modificada³⁴ para adecuarla a las exigencias del DUE.

Ahora bien, lo que se pone de manifiesto tanto en *Traghetti del Mediterraneo*, y más adelante, en *Comisión contra Italia* es que, en no pocas ocasiones, la incompatibilidad del sistema de responsabilidad patrimonial con el principio de efectividad viene dada, tanto por la redacción literal de la Ley, como por su aplicación judicial, y en el caso de la Ley Vasalli, era evidente que a una redacción muy restrictiva, se añadía una interpretación sistemática de sus preceptos aún más restrictiva que la convertía, en la práctica, en un sistema de exclusión de la responsabilidad.

6. La sentencia del TJUE en el asunto Ferreira da Silva y otros v/ Estado portugués: incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la exigencia de revisión de la decisión judicial como requisito para exigir la responsabilidad patrimonial

En el asunto *Ferreira da Silva*, el TJUE se enfrentará de nuevo a la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión Europea cometida por un tribunal nacional resolviendo en última instancia, a propósito de la falta de planteamiento de cuestión prejudicial del art. 267 del TFUE en relación con un asunto relativo al concepto de “transmisión de centro de activi-

³⁴ Legge 27 febbraio 2015, n° 18 (Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana de 4-3-2015, n° 52) que modifica, entre otros, varios artículos relativos a esta cuestión. Sobre la polémica suscitada en Italia a propósito de la modificación del sistema de responsabilidad de los magistrados, véase DI COMITÉ, V. (2014): págs. 49 a 88.

dad“, a la luz de la Directiva 2001/23, en relación a la sucesión en la actividad de vuelos chárter operados por la compañía Air Atlantis (AIA), por la compañía TAP.

El asunto responde a una cuestión prejudicial planteada en el seno de la tramitación de una demanda interpuesta por el Sr. Ferreira de Silva y otros trabajadores de la antigua compañía de vuelos chárter AIA contra el Estado de Portugal, ante un tribunal civil portugués, las Varas Cíveis de Lisboa (Portugal), en ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado portugués solicitando que se condenara a éste a abonar determinados daños patrimoniales sufridos por los demandantes. Se alegó por los demandantes que se había producido la infracción del derecho de la Unión Europea que invocaron ante el Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, relativo a la interpretación de la Directiva 2001/23, al incurrir en una interpretación a su juicio, manifiestamente ilegal y errónea del concepto de «transmisión de centro de actividad» en el sentido de la Directiva 2001/23, y en la medida en que dicho órgano jurisdiccional incumplió su obligación de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho de la Unión, que había sido solicitada por los recurrentes Sr. Ferreira da Silva y otros. Aquella cuestión no se planteó, por cuanto el Supremo Tribunal de Justiça de Portugal aplicó la doctrina del acto claro (CILFIT) y desestimó en definitiva la acción de impugnación del despido colectivo que interpuso el Sr. Ferreira da Silva y otros, rechazando así de manera definitiva su solicitud de readmisión y el pago de indemnizaciones.

En la cuestión prejudicial que planteo la Varas Cíveis de Lisboa, el TJUE declaró en definitiva que la interpretación de la Directiva 2001/23 incluye en el concepto de «transmisión de un centro de actividad»³⁵abarca una situación, como la planteada por la sucesión entre AIA y TAP, objeto del litigio en que se incumplió la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

A la segunda cuestión prejudicial, el TJUE resuelve que el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del concepto de «transmisión de un centro de actividad» a efectos

³⁵ Declara el TJUE que «[...] procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el concepto transmisión de un centro de actividad» abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa de transporte aéreo, y en la que, posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a esa sociedad y los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente, y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad.» Parágrafo 35 *Ferreira*.

del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23³⁶. El valor de esta doctrina se pone más de relieve si advertimos que en otra sentencia dictada en la misma fecha, de 9 de septiembre de 2015, dictada en los asuntos acumulados C-72/14 y 197/14, el TJUE recordará la plena vigencia de la doctrina CILFIT si bien bajo la propia responsabilidad del órgano supremo³⁷. No es fácil señalar el elemento diferenciador entre ambas sentencias, pues lo que en *Ferreira da Silva* constituye una infracción del deber de plantear la cuestión prejudicial, en el otro caso (*Van Dijk*) queda de nuevo remitido a la responsabilidad del tribunal nacional. Sin duda la principal diferencia se encuentra en la referencia a las discordancias interpretativas tanto internas como entre los tribunales de distintos Estados miembros en la interpretación de la Directiva 2001/23, ya que en palabras del propio TJUE existen importantes diferencias tanto entre los tribunales portugueses, de las que dan cuenta los antecedentes del caso, ya que el órgano de primera instancia estimó la demanda y el de apelación revocó su pronunciamiento, como entre los distintos tribunales nacionales de varios estados miembros. Sin duda, en el caso *X y Van Dijk*, analizado en la otra sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 9 de septiembre de 2015, la perspectiva es distinta, ya que el tribunal de última instancia holandés, el Hoge Raad der Nederlanden, plantea la cuestión de si debe esperar a la resolución de la cuestión prejudicial planteada por un órgano inferior (Gerechtshof te 's-Hertogenbosch) o plantear a su vez una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la misma norma, a lo que el TJUE reitera la doctrina CILFIT y la exclusiva responsabilidad del tribunal supremo, que es realmente el único obligado a plantear la cuestión prejudicial, y por tanto dispone del margen de apreciación necesario para decidir si el asunto cumple los requisitos de esta doctrina del acto claro, siempre bajo su exclusiva responsabilidad.

³⁶ Para el TJUE resultará decisivo la discordancia no sólo entre tribunales inferiores portugueses, sino también entre los diferentes tribunales nacionales. Así, declara que «El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del concepto de «transmisión de un centro de actividad» a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, en circunstancias como las del litigio principal, caracterizadas tanto por resoluciones contradictorias de tribunales inferiores acerca de la interpretación de este concepto como por dificultades de interpretación recurrentes de éste en los distintos Estados miembros», *Ferreira da Silva*, parágrafo 45.

³⁷ En la sentencia de 9 de septiembre de 2015, en los citados asuntos acumulados C-72/14 y C-197/14 [*X v/ Inspecteur van Rijksbelastingdienst (C72/14)* y *T.A. van Dijk v/ Staatssecretaris van Financiën* (asunto C-197/14)], el TJUE declara que «[...] la circunstancia de que un órgano jurisdiccional inferior haya planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial del mismo objeto que la suscitada en el litigio que debe dirimir el órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia no implica, por sí sola, que no se cumplen los requisitos de la sentencia Cilfit y otros (283/81, EU:C:1982:335), de manera que este último órgano jurisdiccional podría decidir no someter cuestión alguna al Tribunal de Justicia y resolver bajo su responsabilidad».

Por último, y ya en relación con el aspecto que nos ocupa, el régimen de responsabilidad civil, el órgano jurisdiccional remitente solicitaba que se dilucidase esencialmente si el Derecho de la Unión, y en especial los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del Derecho de la Unión, cometida por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que exige como requisito previo la revocación de la resolución lesiva dictada por ese órgano jurisdiccional, cuando en la práctica dicha revocación no es posible. El TJUE admite y ratifica la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada, precisando que, a falta de normativa de la Unión en la materia, el sistema de aplicación de este principio se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos³⁸ Recuerda que el objeto de la acción de responsabilidad y el pleito en que recayó resolución con fuerza de cosa juzgada son distintos, y precisa que el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico de la Unión exige tal reparación, pero no impone la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño, como ya había declarado en la sentencia *Köbler*, y reiterará posteriormente en la sentencia de 6 de octubre de 2015 (Gran Sala) en el asunto C-69/14³⁹, *Dragos Constantin Târșia*. En consecuencia, el TJUE responderá a esta tercera cuestión prejudicial que «[...] el Derecho de la Unión y, en especial, los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del Derecho de la Unión cometida por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que exige como requisito previo la revocación de la resolución lesiva dictada por ese órgano jurisdiccional, cuando en la práctica dicha revocación no es posible»⁴⁰. El pronunciamiento del

³⁸ En este sentido puede verse la sentencia *Fallimento Olimpiclub* C-2/08 (ECLI:EU:C:2009:506) apartados 23 y 24, así como la sentencia de 6 de octubre de 2015 (Gran Sala) en el asunto C-69/14, *Dragos Constantin Târșia v/ Estado Rumano* (ECLI:EU:C:2015:662).

³⁹ En la sentencia de 9 de octubre de 2015, asunto *Târșia* se reitera que «[...] el Tribunal de Justicia ha recordado en numerosas ocasiones la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada (véase también, en este sentido, la sentencia *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, apartado 388). De este modo, se ha declarado que el Derecho de la Unión no exige que, para tener en cuenta la interpretación de un precepto aplicable de ese Derecho adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la resolución de un órgano jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada, éste deba, por regla general, reconsiderar dicha resolución (sentencia *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 60)» parágrafo 38.

⁴⁰ El TJUE afirma que «En efecto, de los documentos obrantes en autos y de los debates que tuvieron lugar en la vista se desprende que los supuestos en los que las resoluciones del Supremo Tribunal

TJUE en *Ferreira* debe determinar, en buena lógica, la inaplicación por los Tribunales nacionales portugueses del requisito de la previa revisión, requisito que sin embargo, seguirá vigente en tanto no se modifique la ley interna, para las reclamaciones por responsabilidad patrimonial por infracción del derecho nacional. Con ello se pone de manifiesto un problema que existe en no pocos Estados miembros, con una marcada tendencia, bien a una dualidad de regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por infracciones del derecho cometidas por los Tribunales, y ello dependiendo de si se trata de infracciones del Derecho interno o del Derecho de la Unión Europea. O, en otros casos, a introducir requisitos en la regulación nacional para el caso de infracción del derecho de la Unión Europea, en un intento de igualar por abajo, es decir, a aplicar regímenes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial para infracciones del derecho interno, más estrictos y limitados que los que resultaría del régimen de la jurisprudencia del TJUE, pero que pudieran ser aceptables en virtud del principio de autonomía procedimental y equivalencia. Aquí podría mencionarse, acaso, la tendencia de la reforma introducida en España a través del régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, a través de la LRJSP.

Un ejemplo de esta situación de dualidad de regímenes aparece en Portugal. Mientras se tramitaba el procedimiento *Ferreira* ante el TJUE, han recaído sendos pronunciamientos del Supremo Tribunal de Justicia como del Tribunal Constitucional de Portugal que han descartado la inconstitucionalidad del sistema que exige la revisión previa de la decisión judicial respecto a la que se reclame la compensación por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado⁴¹.

7. La responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea como remedio fundado en el Derecho de la Unión y otros remedios nacionales

Como hemos adelantado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea garantiza a los particulares beneficiarios de derechos atribuidos por normas integrantes del Derecho de la Unión Europea, que cuando sufran un daño como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión Europea atribuible a una decisión de un tribunal de un estado miembro que resuelva en última instancia, puedan ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial dirigida al Estado, a fin de ser indemnizados de los daños sufridos.

de Justicia pueden ser objeto de reexamen son sumamente limitados» parágrafo 52 *Ferreira*.

⁴¹ En este sentido y con mayor detalle, SILVEIRA, A. y PEREZ FERNANDES, S., «Preliminary references, effective judicial protection and State liability. What if the Ferreira da Silva Judgment had not been delivered?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4, 631-666.

Ahora bien, en ausencia de procedimientos y normas específicas en el Derecho de la Unión Europea, esta acción habrá de ejercitarse ante los tribunales de los Estados miembros y según sus requisitos y reglas de procedimiento. A partir de aquí la diversidad de situaciones entre los distintos estados miembros es notable, y no sólo por el distinto grado de reconocimiento del mencionado principio a nivel legislativo y de práctica judicial, sino también porque, no siendo ésta la única forma de garantizar la restitución de la situación de infracción del Derecho de la Unión Europea, cabe observar que en este ámbito de remedios alternativos se puede apreciar una diversidad de situaciones notable.

Como punto de partida, es obvio que por su origen en el Derecho de la Unión Europea, el derecho a la acción de responsabilidad patrimonial no puede ser excluido, ignorado o menoscabado por los Estados miembros. Sin embargo los Estados miembros pueden disponer de otros remedios que pueden ofrecer un efecto de restitución semejante al principio de responsabilidad, como puede ser la revisión de la decisión judicial que produjo la infracción, con el consiguiente debilitamiento del principio de cosa juzgada, o el recurso ante un tribunal de garantías constitucionales para garantizar derechos fundamentales concernidos en los casos en que la infracción pudiera haber afectado algún derecho fundamental, señaladamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Un sector de la doctrina ha expresado su frustración con el grado de seguimiento y aplicación efectiva de la doctrina *Köbler* por los tribunales nacionales, especialmente por los Tribunales Supremos. Pero hay varios factores que pueden explicar ese efecto, que en todo caso está lejos de haber sido demostrado. Ante todo debe tenerse en cuenta el frecuente solapamiento de procedimientos de responsabilidad contra el Estado legislador para reclamar perjuicios originados en situaciones donde esa legislación contraria al DUE ha sido objeto de aplicación judicial⁴², y por tanto no cabría excluir que la acción se hubiera dirigido bajo la fórmula de responsabilidad del estado juez, de no ser porque las condiciones para exigir la responsabilidad del Estado legislador resultan, al menos en principio, algo menos restrictivas, ya que basta con acreditar la existencia de una infracción suficientemente caracterizada, que en el caso de la responsabilidad del Estado Juez exige además que se trate de una

⁴² Como ejemplo puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo de 6 de mayo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 199/20214, ECLI:ES:TS:2016:1887) donde hubo una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que devino firme en parte de las liquidaciones tributarias, al no alcanzar su importe el límite mínimo para acceder al recurso de casación, que dejó sin efecto por su oposición al Derecho de la Unión Europea, el resto de liquidaciones tributarias. La sentencia de 6 de mayo de 2016 resuelve el supuesto otorgando indemnización por la infracción del Derecho de la Unión Europea atribuido al legislador, si bien el asunto había obtenido sentencia firme en que se aplicó aquella norma opuesta al Derecho de la Unión Europea.

infracción manifiesta y grave. Por ello, no son pocos los autores que muestran serias reservas sobre la efectividad del sistema de responsabilidad patrimonial judicial por infracción del Derecho de la Unión Europea, y señalan la conveniencia de no descartar otros remedios posibles⁴³.

Pero también es preciso señalar que los ordenamientos nacionales ofrecen otros remedios que pueden sustituir ventajosamente a la reclamación de responsabilidad patrimonial, por lo que las eventuales infracciones del Derecho de la Unión Europea podrían ser solucionadas por otras vías. Al menos podrían señalarse las vías de la eventual revisión, en aquellos ordenamientos jurídicos que lo permitan⁴⁴, además de la posibilidad de invocar, a través de los correspondientes procedimientos de garantía de derechos fundamentales, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la denegación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE carezca de motivación razonable.

8. La regulación de la responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español

El nuevo marco legislativo introducido por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) ha incorporado algunas innovaciones significativas en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por infracción del Derecho de la Unión Europea. Por primera vez, nuestro ordenamiento jurídico se ocupa de forma explícita de esta cuestión que, hasta la regulación introducida en el capítulo IV del Título Preliminar de la LRJSP, no contaba con más regulación que los principios generales establecidos en la doctrina del TJUE y proclamados reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ante todo conviene tener presente que esta regulación se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como a la aplicación de normas jurídicas bien con rango de ley y declaradas inconstitucionales, bien de normas que hayan sido declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión Europea (art. 32.4 y 5 de LRJSP). Pero la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la

⁴³ En este sentido apuntan las conclusiones de AALTO, P. en *Public Liability in EU Law*, Hart Publishing Ltd., 2011, pág. 214.

⁴⁴ Limitémonos a señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no está admitida la revisión de los pronunciamientos judiciales firmes como consecuencia de una sentencia posterior del TJUE que declare la infracción del Derecho de la Unión Europea en que hubiera podido incurrir el tribunal, a diferencia de lo que ocurre en otros estados miembros (por ejemplo Rumanía).

Administración de Justicia se continúa rigiendo específicamente por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

No es posible ahora profundizar en el estudio del régimen de la LRJSP, pero si conviene señalar que existe el riesgo de que, al hacer uso de la potestad de autonomía procedimental que corresponde a los Estados miembros en cuanto al régimen y procedimientos para exigir la responsabilidad patrimonial, se introduzcan situaciones aparentemente incompatibles con los principios de equivalencia y efectividad. Así lo ha puesto de manifiesto la propia Comisión Europea según consta en la carta de emplazamiento dirigida al Reino de España⁴⁵.

No obstante, y sin pretender examinar más que algunos de los aspectos más novedosos, conviene destacar la incorporación del requisito de que el perjudicado haya accionado, mediante el oportuno procedimiento judicial, contra la actuación administrativa, invocando de manera explícita la vulneración del Derecho de la Unión Europea (art. 32.5 de la LRJSP). El requisito de que se haya producido un pronunciamiento judicial en aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea no ha sido, al menos en nuestra práctica jurisprudencial previa a la aplicación de la LRJSP, un obstáculo para la reclamación de los perjuicios causados.

Así lo establece el art 32.5 de la LRJSP al disponer que cuando la lesión sea consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea «[...] procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiere alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada [...]». Esta exigencia de que la incompatibilidad de la norma con el Derecho Europeo haya sido alegada precisamente por quien solicita la indemnización ha suscitado dudas en cuanto al respeto de principio de efectividad, teniendo en cuenta que hasta la introducción de este requisito en la LRJSP, la ausencia de reclamación previa no impedía al particular reclamar la indemnización.

Por otra parte, se ha introducido una previsión también novedosa al limitar los daños cuya indemnización puede ser objeto de reclamación a los causados en los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de la norma contraria al Derecho de la Unión Europea (art. 34.1 párrafo segundo de la LRJSP) salvo que la sentencia disponga otra cosa. La introducción de alguna limitación temporal no parece irrazonable, y en ese sentido se ha pronunciado el TJUE, afirmando que el principio de responsabilidad patrimonial no se opone a que una ley nacional limite el periodo de devolución de los impuestos soportados por una

⁴⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1577_es.htm

norma del derecho nacional a un determinado periodo de tiempo configurado como de prescripción de la acción tributaria con carácter general, y así lo ha declarado en su sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto C-500/2016 *Carterpillar Financial Services*, en el que constató la compatibilidad con el Derecho de la Unión del plazo de cinco años que establecía la normativa tributaria en Polonia⁴⁶ para obtener la devolución de impuestos pagados conforme a una norma tributaria declarada contraria al Derecho de la Unión Europea posteriormente.

Las previsiones del art. 34.2 de la LRJSP, respecto a la existencia de una sentencia que declare la inconstitucionalidad o la vulneración del Derecho de la Unión Europea, no ofrecen dudas en cuanto se pueda referir a la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, que obviamente debe ser dictada por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, resulta más confusa en cuanto a que se debe entender por una sentencia que declare la infracción del Derecho de la Unión Europea. Sin duda, podrá cumplirse esta condición en una sentencia del TJUE que pueda hacer apreciaciones sobre la compatibilidad de la norma interna española, ya al resolver una cuestión prejudicial o bien conociendo de un recurso de incumplimiento. También podrá ser idónea a estos efectos una sentencia de un tribunal nacional en los casos en que conozca de un recurso directo contra una norma de rango inferior a ley, o bien en procedimiento de cuestión de ilegalidad. En el caso de normas con rango inferior a Ley, el juego de recurso indirecto basados en la disconformidad de la norma reglamentaria con el Derecho Europeo, y la cuestión de ilegalidad que puede plantearse en caso de que el asunto no puede llegar en vía de recurso ante el órgano judicial competente para la impugnación directa, tal y como establece el art. 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁴⁷. Estos procedimientos deben permitir que se produzca una sentencia que pueda declarar la ilegalidad de la norma en virtud del principio de eficacia directa y prevalencia de las normas del Derecho Europeo. En última instancia, el juez nacional tiene siempre a su disposición la facultad de elevar la cuestión de prejudicialidad, así como en su caso inaplicar la norma que entienda contraria al Derecho de la Unión Europea.

En este sentido conviene recordar que el efecto de primacía del Derecho de la Unión Europea vincula a todos los tribunales nacionales, por lo que el abanico de pronunciamientos en los que pueden producirse una apreciación de vulneración del Derecho de la Unión Europea es extraordinariamente amplio, y en la mayoría de los casos será mediante una inaplicación de la norma nacional, lo cual no conlleva ni

⁴⁶ En este sentido se pronuncia la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-500/16, ECLI:EU:C:2017:996).

⁴⁷ Véase el art. 27 de la Ley 29/11/78, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el Capítulo II del Título V, art. 123 a 126 de la LJCA, que regula el procedimiento de cuestión de ilegalidad.

la anulación de la misma, ni por tanto, la publicidad del fallo mediante publicación en Boletín Oficial del Estado, como exige el art. 32.6 de la LRJSP, fecha que a su vez adquiere mayor relevancia al determinar el plazo de cinco años anteriores a que se limitan los perjuicios que son susceptibles de indemnizar (art. 34.1 de la LRJSP). En este sentido conviene recordar que la obligación del órgano judicial nacional se extiende a cualquier tribunal, y no está limitada ni excluida por la posibilidad de que los eventuales perjuicios derivados de la ley contraria al derecho europeo puedan ser objeto de reclamación, tal y como ha afirmado la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2016, asunto *Dansk Industri* (DI), C-441/14⁴⁸.

Ahora bien, conviene reseñar que el requisito de que se produzca una previa reclamación contra la actuación administrativa que se juzgue contraria al Derecho de la Unión Europea es un requisito que hasta su introducción en la LRJSP no ha sido nunca exigible. En tal sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy consolidada⁴⁹. Conviene puntualizar que lo que difícilmente puede resultar aplicable como sentencia que determina el inicio del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción sea una sentencia que, aún dictada por el TJUE, se refiera a una norma similar a la española, dictada por otro Estado miembro⁵⁰.

No obstante recordemos nuevamente aquí que la antes citada Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto *Carterpillar Financial Services* valora, como elemento para limitar el plazo de prescripción de la devolución de ingresos indebidos por las cuotas de IVA soportadas en exceso, la actuación del sujeto pasivo que no impugnó ni ejerció acción alguna al tiempo de la aplicación de la norma contraria al Derecho de la Unión Europea⁵¹. Así, señala el parágrafo 45 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, citada., que «es preciso recordar que, según el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión sólo se opone a que una autoridad nacional alegue el transcurso de un plazo de prescripción razonable en aquellos casos en los que la conducta de las autoridades

⁴⁸ «Incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación». Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2016, asunto *Dansk*, C-441/14).

⁴⁹ Por todas y como una muestra de la más reciente, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008, 550/2018 - ECLI: ES:TS:2018:550. Se trata de un asunto en que el Tribunal Supremo declara la infracción del Derecho de la Unión Europea por la regulación legal de las reducciones en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

⁵⁰ En este sentido la STS de 19 de febrero de 2008, cit., FD segundo.

⁵¹ Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-500/16, parágrafo 52).

nacionales, junto con la existencia de un plazo de caducidad, llevan a privar a una persona de la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Q-Beef y Bosschaert*, C-89/10 y C-96/10, EU:C:2011:555, apartado 51 y jurisprudencia citada)», así como que «49 [...] la convicción subjetiva de no poder actuar sino pagando el IVA relativo a los costes del seguro correspondiente a los contratos de leasing no puede asimilarse a una imposibilidad objetiva de actuar de otro modo, añadiendo que «50. En el caso de autos, Caterpillar podía negarse a pagar las cuotas atrasadas del impuesto, puesto que había considerado inicialmente que esos costes del seguro estaban exentos del IVA, e impugnar cualquier requerimiento de pago mediante una acción judicial, o pagar las cuotas atrasadas del impuesto y acudir a un tribunal nacional para obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas respetando el referido plazo de prescripción, sin esperar a una eventual interpretación por el Tribunal de Justicia de las disposiciones de la Directiva IVA. Pues bien, es necesario señalar que Caterpillar no hizo uso de ninguna de estas posibilidades»⁵².

Este pronunciamiento del TJUE parece avalar la introducción de determinados límites temporales en los perjuicios que pueden ser objeto de reclamación por vía de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea, en línea con el requisito exigido por el art. 34.1 de la LRJSP. Pero en cuanto a la fecha que determina el periodo de generación del daño resarcible, esto es la publicación de la sentencia que declare la infracción del Derecho de la Unión Europea, son muchas las dudas de la aplicación y viabilidad de este requisito.

En resumen, la nueva regulación del régimen de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión Europea ha supuesto una importante restricción de las condiciones procedimentales y sustantivas para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por este tipo de incumplimientos.

CONCLUSIONES

La exigencia de la responsabilidad del Estado por infracciones cometidas por los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho Europeo ha recibido un fuerte impulso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su recepción por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido plena, en buena medida debido a la ausencia de toda previsión normativa respecto a este régimen de responsabilidad. Ello ha tenido consecuencias patrimoniales especialmente extendidas en el caso de los numerosos procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por determinadas normas tributarias que han sido declaradas contrarias

⁵² Parágrafos 49 y 50 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-500/16, cit.

al Derecho de la Unión Europea, como es el caso de la responsabilidad patrimonial formulada por los daños y perjuicios derivados de la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos creado por la Ley 24/2001, y más recientemente respecto a las diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste, en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Con la nueva regulación que introduce la LRJSP, el Reino de España se sitúa en la línea de varios estados miembros, que han hecho uso de principio de autonomía procedimental para implementar las reglas y criterios para hacer efectivo un derecho configurado por el propio Derecho de la Unión. Sin embargo, existe la posibilidad de que algunas de las previsiones introducidas en la LRJSP establezcan limitaciones significativas al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

III. BIBLIOGRAFÍA:

AALTO, P., *Public Liability in EU Law*, Hart Publishing Ltd. 2011.

COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Editorial Iustel, 2015.

DI COMITÉ, V., “El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debido a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47, 2014.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19. Año 2004.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., “Responsabilidad de los tribunales nacionales y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados Miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la Sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia”, *Revista del Poder Judicial*, 71, tercer trimestre 2003.

SCHERR, K. M., *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Case Gerhard Köbler v. Austria under European Community Law and from a Comparative National Law Perspective*, Florence, European University Institute, 2008, *EUI PhD theses*; Department of Law; URI: hdl.handle.net/1814/13165; DOI: 10.2870/22523.

SCHERR, K. M., “Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches”, *ERA Forum* (2012).

SILVEIRA, A., y PÉREZ FERNANDES, S., “Preliminary references, effective judicial protection and State liability. What if the Ferreira da Silva Judgment had not been delivered?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4.

VARGA, Z., “Why is the Köbler principle not applied in practice?”, *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 6, 2016.

VARGA, Z., “National remedies in the case of violation of EU law by Member State courts”, *Common Market Law Review*, 54 Issue 1, 2017.