

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 9 de julio de 2009¹

1. La remisión a la autonomía procesal de los Estados miembros para garantizar la protección de los derechos conferidos por el Derecho comunitario se ve tradicionalmente atemperada por la obligación de que los ordenamientos jurídicos nacionales respeten los principios comunitarios de equivalencia y efectividad. El principio de efectividad requiere que las normas de procedimiento nacionales garanticen una protección efectiva de los derechos que les confiere el Derecho comunitario. Por su parte, el principio de equivalencia exige que el ordenamiento jurídico nacional conceda a cualquier recurso basado en el Derecho comunitario, en lo que respecta al procedimiento, un tratamiento al menos tan favorable como el previsto para un recurso similar basado en el Derecho interno. Para declarar la existencia de la obligación de igualdad de trato procesal, procede por tanto determinar si ambos recursos son comparables. El presente asunto muestra que tal apreciación puede plantear dificultades.

I. Litigio principal y cuestión prejudicial

2. La cuestión prejudicial versa, en esencia, sobre si la interposición de un recurso de responsabilidad patrimonial del Estado que tiene formas diferentes, según tenga como fundamento la infracción legislativa de una

disposición constitucional o de una norma comunitaria, es conforme con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad.

3. Dicha cuestión ha sido planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el marco de un litigio entre la sociedad Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L., y la Administración del Estado, que había desestimado la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado español por la infracción legislativa del Derecho comunitario.

4. El litigio tiene su origen en la Ley española de 28 de diciembre de 1992, en su versión modificada por una Ley de 30 de diciembre de 1997, que limitaba el derecho de los obligados tributarios a deducir el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA») soportado en la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones y les obligaba a presentar declaraciones periódicas en las que debían calcular los importes del IVA repercutidos y soportados, procediendo al pago del saldo (autoliquidaciones). No obstante, procede precisar que, en virtud de la normativa española,² los obligados tributarios tienen

1 — Lengua original: francés.

2 — Ley General Tributaria n° 58/2003, de 17 de diciembre.

derecho a solicitar la rectificación de sus autoliquidaciones y, en su caso, a reclamar la devolución de los ingresos indebidos, siempre que lo hagan en el plazo de cuatro años.

5. Como se declaró la incompatibilidad de la limitación del carácter deducible del IVA prevista por la Ley española de 28 de diciembre 1992 con los artículos 17, apartado 2, y 19 de la Directiva 77/388/CEE,³ la demandante en el litigio principal, que había realizado autoliquidaciones por los ejercicios 1999 y 2000 y cuyo derecho a reclamar la devolución de los ingresos indebidos había caducado en el momento en que se dictó la sentencia Comisión/España, antes citada, presentó una reclamación para obtener la indemnización del perjuicio sufrido, evaluado en un importe de 1.228.336,39 euros, correspondientes a los pagos del IVA indebidamente percibidos por el Estado español y a las devoluciones a las que podría haber tenido derecho en relación con los mismos ejercicios.

6. El 12 de enero de 2007, el Consejo de Ministros desestimó la reclamación, al considerar que el hecho de que la demandante no hubiera presentado recurso contra sus autoliquidaciones dentro del plazo de cuatro años establecido había roto la relación de causalidad directa entre la infracción del Derecho comunitario que se reprochaba y el daño supuestamente sufrido. En otras palabras, la inexistencia de dicho recurso era la causa exclusiva del daño. Para justificar su acuerdo,

el Consejo de Ministros se fundamentó en dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1994 y de 24 de mayo de 2005, de las que se desprende que los recursos de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario están sometidos a una regla de agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo lesivo adoptado en ejecución de una ley nacional presuntamente contraria al Derecho comunitario.

7. El 6 de junio de 2007, la demandante interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se desestimó su recurso administrativo de indemnización. En su auto de remisión, el juez *a quo* se pregunta sobre la conformidad de este requisito de agotamiento previo de las vías de recurso establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad. En efecto, señala que la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado fundada en la inconstitucionalidad de una ley no está sometida al requisito de que la persona afectada haya impugnado previamente el acto lesivo basado en dicha ley.

8. De este modo, remitió al Tribunal de Justicia la presente cuestión con carácter prejudicial:

3 — Directiva del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1, EE 09/01; en lo sucesivo, «Sexta Directiva IVA»). Véase la sentencia de 6 de octubre de 2005, Comisión/España (C-204/03, Rec. p. I-8389).

«¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta

doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho comunitario?»

tibilidad con el Derecho comunitario de medidas administrativas y legislativas nacionales, y no de una jurisprudencia emanada de un órgano jurisdiccional supremo como el Tribunal Supremo, dado que éste podría por sí mismo modificar su jurisprudencia para adaptarla a las exigencias comunitarias y que, por tanto, la presente cuestión prejudicial no es necesaria para resolver el litigio principal, sino que se acercaría más bien a una consulta jurídica.

II. Apreciación jurídica

9. Antes de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente los elementos necesarios para apreciar la compatibilidad de la jurisprudencia controvertida del Tribunal Supremo con los principios comunitarios de equivalencia y de efectividad, procede responder a las objeciones del Gobierno español relativas a la admisibilidad de la presente cuestión prejudicial.

A. Admisibilidad de la cuestión prejudicial

10. Según el Gobierno español, la cuestión prejudicial remitida por el juez *a quo* es inadmisibile, debido a que el Tribunal de Justicia sólo tiene la facultad de pronunciarse en una remisión prejudicial sobre la compa-

11. Resulta patente que la argumentación del Gobierno español relativa a la inadmisibilidad de la remisión prejudicial no es admisible.

12. Por un lado, procede recordar en primer lugar que, si bien el Tribunal de Justicia no es competente para apreciar en el marco de una petición de decisión prejudicial, la compatibilidad de las disposiciones nacionales con las normas comunitarias, le corresponde, tras haber reformulado en la medida necesaria la cuestión que se le ha remitido, proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación del Derecho comunitario que pudieran ser útiles para la valoración de los efectos de las disposiciones del mismo.⁴ En el caso de autos, la cuestión del Tribunal Supremo insta al Tribunal de Justicia a

⁴ — Véanse las sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten (C-58/98, Rec. p. I-7919), apartado 24, y de 9 de julio de 2002, Flightline (C-181/00, Rec. p. I-6139), apartado 20.

interpretar los principios comunitarios de equivalencia y de efectividad, a fin de poder evaluar el respeto del Derecho comunitario por parte de su jurisprudencia.

13. Por otro lado, no parece existir ningún límite en cuanto a la naturaleza de las normas nacionales que pueden ser indirectamente puestas en tela de juicio con motivo de una remisión prejudicial de interpretación del Derecho comunitario. Contrariamente a lo que sostiene el Gobierno español, éstas pueden bien ser de origen jurisprudencial. Además, el Tribunal de Justicia ya ha sido instado a pronunciarse a título prejudicial indirectamente sobre la conformidad de las jurisprudencias nacionales con el Derecho comunitario.⁵ Finalmente, deseo añadir que, en todo caso, la cuestión relativa a una jurisprudencia siempre puede reformularse en el sentido de que versa sobre las disposiciones nacionales de las que ha partido el juez nacional para formular sus reglas jurisprudenciales. En otras palabras, la cuestión remitida en el caso de autos puede entenderse en el sentido de que se refiere a si la interpretación por el Tribunal Supremo de las normas nacionales relativas a las acciones de responsabilidad patrimonial del Estado son compatibles con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad.

14. Por último, corresponde, en principio, exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse, apreciar,

a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, y, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, obligado a pronunciarse.⁶ El Tribunal de Justicia puede negarse a juzgar y declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial sólo con carácter excepcional, en particular si se demuestra palmariamente que ésta no responde a una necesidad objetiva para la solución del litigio principal.⁷ No es ésta la situación en el caso de autos. Si bien es cierto que el Tribunal Supremo puede libremente modificar por sí mismo su jurisprudencia para, en su caso, alinearla con las exigencias comunitarias, éste ha considerado necesario preguntar al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación de los principios de equivalencia y de efectividad a fines de poder realizar una apreciación de su propia jurisprudencia. Pues bien, no parece evidente que estemos ante una de las situaciones que conducen al Tribunal de Justicia a poner en tela de juicio la «presunción de pertinencia» de la que gozan las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional.⁸

15. Por tanto, la presente cuestión prejudicial es admisible.

5 — Véase la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239).

6 — Véanse las sentencias de 23 de abril de 2009, VTB-VAB (C-261/07, Rec. p. I-2949), apartado 32; de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 38; de 15 de mayo de 2003, Salzmann (C-300/01, Rec. p. I-4899), apartados 29 y 30, y Flightline, antes citada, apartado 21.

7 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 14.

8 — Para un listado de estas situaciones, véase recientemente la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, Rec. p. I-9641), apartado 67; para sentencias anteriores, véase por ejemplo la sentencia de 7 de junio de 2007, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 22.

B. *El principio de efectividad*

16. Subordinar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción normativa del Derecho comunitario al agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo que dio origen al perjuicio, adoptado sobre la base de la ley contraria al Derecho comunitario no parece, en sí mismo, contravenir el principio de efectividad de la protección jurisdiccional.

17. Es cierto que, en virtud de una jurisprudencia reiterada, el nacimiento del derecho a la reparación, que se desprende del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por las infracciones del Derecho comunitario que le son imputables, sólo se somete al cumplimiento de tres requisitos: la norma de Derecho comunitario violada debe tener por objeto conferir derechos a los particulares, la violación de esta norma debe estar suficientemente caracterizada y debe existir una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por la víctima.⁹ Y estos requisitos son «necesarios y suficientes» para generar un derecho a la reparación por parte de los particulares.¹⁰ Por tanto, podría deducirse *a priori* que un Estado miembro no puede someter el derecho a indemnización al requisito de que el justiciable haya impugnado previamente la legalidad del acto que dio origen al perjuicio cuya reparación solicita, salvo si se incumple el principio de tutela

judicial efectiva, que está en la base del principio de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario.¹¹

18. No obstante, la jurisprudencia controvertida del Tribunal Supremo se basa en que la persona lesionada habría podido obtener reparación por la totalidad del perjuicio invocado si hubiera impugnado en tiempo útil la validez del acto en el origen del perjuicio.

19. Ahora bien, se desprende de un principio general común a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹² que la determinación del perjuicio indemnizable por el juez nacional puede realizarse en función de la diligencia razonable manifestada por la persona perjudicada para limitar el alcance del perjuicio, es decir, el ejercicio, por parte de ésta, en tiempo oportuno de todas las acciones que en Derecho le correspondían para evitar el perjuicio o limitar su alcance.¹³

9 — Para recordar sentencias recientes, véase la sentencia de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier* (C-445/06, Rec. p. I-2119), apartados 19 y 20.

10 — Véanse las sentencias Köbler, antes citada, apartado 57, y de 5 marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame* (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 66.

11 — Véase la sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357).

12 — Véase la sentencia de 19 de mayo de 1992, *Mulder y otros/ Consejo y Comisión* (C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061), apartado 33.

13 — Véanse las sentencias *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartados 84 y 85; de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros* (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 101; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, Rec. p. I-2107), apartado 124, y *Danske Slagterier*, antes citada, apartados 60 a 62.

20. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que la admisibilidad de un recurso de responsabilidad extracontractual de la Comunidad puede someterse al agotamiento de las vías de recurso internas abiertas para obtener la anulación de la medida nacional origen del perjuicio, siempre que estas vías de recurso nacionales conduzcan a la reparación del daño alegado;¹⁴ y, por otro lado, que el recurso de indemnización interpuesto contra la Comunidad es inadmisibile cuando tiene por objeto la misma ilegalidad y persigue los mismos fines pecuniarios que el recurso de anulación del acto de la institución que causa el perjuicio y que la persona afectada ha omitido interponer en tiempo útil.¹⁵ Ello es así, en ambos casos, si el importe de la indemnización reclamada corresponde al importe de la cantidad que la autoridad nacional o comunitaria ha percibido al infringir el Derecho comunitario. De este modo, el Tribunal de Justicia opone de alguna manera al recurso de indemnización una excepción de recurso paralelo, en la medida en que el recurso de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente —es decir, si se prefiere, el recurso de anulación de la medida impositiva nacional o comunitaria ante la autoridad nacional o comunitaria— haya permitido reparar el perjuicio de manera adecuada¹⁶ y en que el recurso de indemnización cubre en realidad una acción de recuperación de cantidades abonadas indebidamente.

21. Ahora bien, el Tribunal de Justicia también ha declarado que «los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño».¹⁷

22. Si nos remitimos ahora al litigio principal, procede señalar que el perjuicio cuya reparación se reclama no consiste sino en el importe del IVA, incrementado en los intereses legales, que la demandante en el litigio principal tuvo que pagar infringiendo el Derecho comunitario. En tal supuesto, le habría bastado, para resarcirse del perjuicio sufrido, solicitar la devolución de los impuestos indebidamente pagados basándose en el efecto directo de las disposiciones de la Sexta Directiva IVA infringidas.¹⁸ En efecto, constituye jurisprudencia reiterada que el derecho a obtener la devolución de los impuestos percibidos en un Estado miembro infringiendo las normas del Derecho comunitario es la consecuencia y el

14 — Véanse las sentencias de 26 de febrero de 1986, Krohn Import-Export/Comisión (175/84, Rec. p. 753), apartado 27; de 29 de septiembre de 1987, De Boer Buizen/Consejo y Comisión, (81/86, Rec. p. 3677), apartado 9, y de 30 de mayo de 1989, Roquette Frères/Comisión (20/88, Rec. p. 1553), apartado 15.

15 — Véanse las sentencias de 12 de noviembre de 1981, Birke/Comisión y Consejo (543/79, Rec. p. 2669), apartado 28, y Bruckner/Comisión y Consejo (799/79, Rec. p. 2697), apartado 19; el auto de 26 de octubre de 1995, Pevasa e Inpesca/Comisión (C-199/94 P y C-200/94 P, Rec. p. I-3709), apartados 26 a 28, y la sentencia de 14 de septiembre de 1999, Comisión/AssiDomän Kraft Products y otros (C-310/97 P, Rec. p. I-5363), apartado 59.

16 — Véase la sentencia de 18 de enero de 2001, Stockholm Lindöpark (C-150/99, Rec. p. I-493), apartado 35.

17 — Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 42; sentencia de 4 de julio de 2000, Bergaderm y Goupil/Comisión (C-352/98 P, Rec. p. I-5291), apartado 41.

18 — En efecto, se ha reconocido el efecto directo del artículo 17, apartado 2, de dicha Directiva (véase la sentencia de 6 de julio de 1995, BP Soupergaz, C-62/93, Rec. p. I-1883), apartados 32 a 36.

complemento de los derechos conferidos a los justiciables por la disposición dotada de efecto directo infringida.¹⁹ De este modo, la demandante en el litigio principal habría podido, como le permitía el Derecho español, solicitar, en el plazo de cuatro años establecido, la rectificación de sus autoliquidaciones para los ejercicios 1999 y 2000 y la devolución de los pagos indebidos del IVA efectuados en relación con estos ejercicios, lo que no ha hecho. Por tanto, al someter, en estas circunstancias, la admisibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho comunitario a la impugnación previa del acto administrativo que dio origen al perjuicio, adoptado sobre la base de la ley contraria al Derecho comunitario, el Tribunal Supremo se limita a someter la acción de responsabilidad patrimonial al ejercicio de la acción de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente, de la que disponía la recurrente en el litigio principal.

23. De ello se desprende que la subordinación de la admisibilidad de la acción de responsabilidad del Estado por infracción legislativa del Derecho comunitario al requisito de que la persona afectada haya atacado previamente el acto administrativo basado en dicha ley no es, en principio, contraria al principio de efectividad, dado que mediante la impugnación en tiempo oportuno de la validez del acto lesivo, la víctima habría podido obtener reparación por la totalidad del perjuicio invocado.

19 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio* (199/82, Rec. p. 3595), apartado 12, y *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, antes citada.

24. Sin embargo, para que el principio de efectividad sea respetado, también es necesario que la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa del Derecho comunitario no esté sometida en Derecho interno a normas de procedimiento que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la obtención de la reparación. Por tanto, es asimismo necesario que el recurso previo de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente, del que depende la admisibilidad de dicho recurso de responsabilidad patrimonial, no esté sujeto en Derecho interno a normas de procedimiento que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de dicha acción.²⁰

25. Por tanto, se trata de saber si el plazo de cuatro años desde la presentación por parte del sujeto pasivo de sus autoliquidaciones al que el Derecho español circunscribe la solicitud de rectificación hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de la acción de devolución de los impuestos pagados en infracción del Derecho comunitario.

26. A este respecto, el Derecho comunitario admite la fijación de plazos razonables de prescripción del ejercicio del recurso de

20 — Como recuerda reiteradamente la jurisprudencia. Véanse, por ejemplo, por lo que se refiere al recurso de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario, las sentencias de 10 de julio de 1997, *Palmisani* (C-261/95, Rec. p. I-4025), apartado 27, y de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, Rec. p. I-11753), apartado 219; por lo que respecta al recurso de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente, sentencia *Metallgesellschaft* y otros, antes citada, apartado 85; sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, antes citada, apartado 203.

recuperación de las cantidades abonadas indebidamente en aras de la seguridad jurídica, que protege a la vez al contribuyente y a la administración de que se trata.²¹ Tales plazos razonables no pueden considerarse contrarios al principio de efectividad, aunque, por definición, su expiración entraña la desestimación de la acción interpuesta.²² De este modo, ha sido declarado razonable, en materia de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente, un plazo nacional de prescripción de tres años desde la fecha del pago de los impuestos en cuestión.²³

27. *A fortiori*, por tanto, un plazo de cuatro años como el establecido en la normativa española, cumple el principio de efectividad, incluso si ya había expirado y en consecuencia ya no permitía solicitar la rectificación de las autoliquidaciones efectuadas para los ejercicios 1999 y 2000 en el momento en que el Tribunal de Justicia dictó su sentencia en la que declaraba la incompatibilidad de la ley española con las disposiciones de la Sexta Directiva IVA. En efecto, el recurso de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente no depende de que el Tribunal de Justicia declare previamente el carácter contrario al Derecho comunitario del tributo, dado que el principio de primacía obliga a la administración y al juez nacional a inaplicar, por su propia autoridad, sin esperar tal

declaración del Tribunal de Justicia, la ley tributaria que consideran contraria al Derecho comunitario.²⁴

C. El principio de equivalencia

28. Se trata ahora de determinar si las diferentes normas de procedimiento a las que el Derecho español somete a la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, según esté basada en infracción del Derecho comunitario o de la Constitución, no contravienen el principio de equivalencia. En efecto, el requisito de agotamiento previo de las vías de recurso contra el acto administrativo lesivo adoptado en aplicación de la ley sólo se exige a las acciones de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa del Derecho comunitario, y no a las basadas en infracción legislativa de la Constitución. Por tanto, las normas de procedimiento de aquellas acciones son *a priori* más estrictas que las de éstas.

29. Ahora bien, el respeto del principio de equivalencia requiere que los requisitos impuestos por el Derecho nacional en materia de reparación de daños no sean

21 — Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5; de 17 de julio de 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Rec. p. I-4085), apartado 48; de 17 de noviembre de 1998, Aprile (C-228/96, Rec. p. I-7141), apartado 19; de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères (C-88/99, Rec. p. I-10465), apartado 22.

22 — Véanse las sentencias de 2 de diciembre de 1997, Fantask y otros (C-188/95, Rec. p. I-6783), apartado 48, y de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères, antes citada, apartado 23.

23 — Véase la sentencia de 15 de septiembre de 1998, Edis (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartados 39 y 49.

24 — Véanse las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629); de 22 de junio de 1989, Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartado 31. Incluso se sabe que en estos momentos se está produciendo un debate en España sobre la ejecución de esta obligación comunitaria (véase la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril); notas de Alonso García, R., CMLR 2005, p. 535, y de Martín Rodríguez, P.J., *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, p. 315.

menos favorables cuando la acción de responsabilidad se basa en el Derecho comunitario que cuando se basa en el Derecho interno,²⁵ o incluso que la norma de procedimiento en cuestión se aplique indistintamente a los recursos basados en infracción del Derecho comunitario y a los basados en infracción del Derecho interno, entendiéndose no obstante que un Estado miembro no está obligado a extender al conjunto de las acciones de indemnización basadas en infracción del Derecho comunitario su régimen de responsabilidad interno más favorable.²⁶

30. No obstante, para que el principio de equivalencia sea de aplicación, es también necesario que ambas acciones sean similares.²⁷ Para apreciar este extremo, procede compararlos desde el punto de vista de su objeto de su causa y de sus elementos esenciales.²⁸ Dado que comparten, evidentemente, el mismo objeto (indemnización del perjuicio) y la misma causa (ilicitud del comportamiento lesivo), se trata de determinar si la acción de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción normativa del Derecho comunitario difiere, en sus elementos esenciales,²⁹ de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa de la Constitución, aunque el diferente tratamiento que aplica el

Derecho español en lo relativo al procedimiento esté justificado.

31. Para justificar la diferencia de trato entre los dos recursos de responsabilidad en lo que respecta al procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente formula diferentes consideraciones que, en esencia, equivalen a decir que la impugnación previa del acto administrativo es, a diferencia del supuesto en que dicho acto tuviera por base una ley contraria al Derecho comunitario, prácticamente imposible o excesivamente difícil cuando dicho acto ha sido adoptado sobre la base de una ley inconstitucional, de modo que imponerla como requisito previo al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción de la Constitución condenaría a dicho recurso a ser inefectivo. En suma, el justiciable puede poner más difícilmente en tela de juicio la constitucionalidad de una ley que su compatibilidad con el Derecho comunitario.

32. En primer lugar, afirma que ello es así debido a la diferencia de efectos entre las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley española y las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las que se deduce la incompatibilidad de una ley nacional con el Derecho comunitario. La declaración de inconstitucionalidad de la ley lleva consigo su nulidad, es decir, su desaparición *ex tunc*, mientras que, por el contrario, una sentencia

25 — Véanse las sentencias, antes citadas, Brasserie du pêcheur y Factortame, apartado 67; Palmisani, apartado 27, y Danske Slagterier, apartado 31.

26 — Véase en este sentido, a propósito de un recurso de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente, la sentencia Edis, antes citada, apartado 36. Señalo que el Tribunal de Justicia utiliza indistintamente las dos fórmulas, aunque puede que no sean totalmente equivalentes (véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de diciembre de 1998, Levez, C-326/96, Rec. p. I-7835), apartados 37 y 41.

27 — Es decir, «comparables» (véanse mis conclusiones en el asunto Van der Weerd y otros, antes citado, punto 15).

28 — Véase la sentencia de 16 de mayo de 2000, Preston y otros (C-78/98, Rec. p. I-3201), apartado 57.

29 — Véase, en el mismo sentido, la sentencia Palmisani, antes citada, apartado 38.

del Tribunal de Justicia de la que se desprende la incompatibilidad de una ley nacional con el Derecho comunitario no supone, en sí misma, la nulidad de dicha ley. Es cierto.

33. Sin embargo, dicho argumento, relativo al efecto retroactivo de la declaración de nulidad de una ley inconstitucional se contradice con la lógica de la argumentación formulada por el Tribunal Supremo para justificar el trato más favorable a las acciones de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales, comparado con el aplicado a las acciones de responsabilidad patrimonial por leyes contrarias al Derecho comunitario. Jugaría más bien a favor de la (mayor) efectividad de las vías de recurso contra el acto lesivo adoptado en aplicación de la ley inconstitucional y obligaría, en consecuencia, en nombre del respeto del principio de equivalencia, a agotarlas previamente como requisito de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa de la Constitución.

34. Por otro lado, este argumento carece de fundamento fáctico. En virtud de una jurisprudencia consolidada,³⁰ en principio los

efectos de una sentencia prejudicial de interpretación son igualmente retroactivos, habida cuenta de su valor declarativo: la interpretación de una norma comunitaria hecha por el Tribunal de Justicia aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma tal como habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor, si bien dicha interpretación se remonta al momento de entrada en vigor de la norma interpretada, y la norma así interpretada debe aplicarse incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia del Tribunal de Justicia. Además, como indicó el juez *a quo* y precisó el Gobierno español en la vista, la nulidad de la ley española inconstitucional no supone automáticamente la nulidad de los actos administrativos adoptados sobre la base de dicha ley; corresponde al órgano jurisdiccional que conoce de un asunto determinar el alcance de la nulidad de la ley inconstitucional caso por caso. De ello se deduce que el justiciable debe, alegando la declaración de nulidad de la ley inconstitucional, solicitar la anulación de los actos administrativos adoptados sobre su base y que, por razones de seguridad jurídica, puede serle oponible la firmeza de los actos administrativos si no lo hace en los plazos previstos. En otras palabras, expirado el plazo de prescripción, un contribuyente no puede impugnar la liquidación de su impuesto aunque alegue una declaración de inconstitucionalidad de la ley tributaria. Del mismo modo, si el Derecho nacional no prevé esta posibilidad, el Derecho comunitario no obliga a la administración a revisar una resolución que ya no es atacable debido a la expiración del plazo para interponer recursos razonables, para garantizar el pleno efecto del Derecho comunitario en la interpretación que ha dado a éste una sentencia prejudicial posterior, a pesar de su efecto *ex tunc*.³¹ Por tanto, no existe una diferencia notable de efectos entre

30 — Véase, recientemente, la sentencia de 12 de febrero de 2008, Kempter (C-2/06, Rec. p. I-411), apartados 35 y 36 y jurisprudencia citada.

31 — Véase la sentencia de 13 de enero de 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, Rec. p. I-837).

las declaraciones de inconstitucionalidad de una ley nacional realizadas por el Tribunal Constitucional español y las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia.

35. Le segunda diferencia señalada por el Tribunal Supremo, según la cual el recurso previo contra el acto lesivo es más fácil cuando éste se ha adoptado en aplicación de una ley contraria al Derecho comunitario que cuando se ha adoptado sobre la base de una ley inconstitucional, está vinculada con la presunción de constitucionalidad de la que goza la ley española. En efecto, de ello se desprenden dos consecuencias.

36. La primera es que el justiciable no puede interponer recurso de inconstitucionalidad de la ley, sólo puede solicitar, y de ninguna manera obligar, al juez que conoce del asunto a que plantee una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. En cambio, el Tribunal de Justicia ha declarado que el principio de primacía obliga al juez nacional que conoce del litigio a inaplicar una norma contraria al Derecho comunitario si una de las partes lo solicita.³² No obstante, la declaración de la incompatibilidad de una ley con una norma comunitaria depende a menudo de la interpretación que ha de darse a ésta y la remisión al Tribunal de Justicia realizada, en su caso, para precisar dicha interpretación es, a su vez, ajena a cualquier

iniciativa de las partes y depende por completo de la apreciación realizada por el juez nacional de la pertinencia y de la necesidad de dicha remisión.³³ Ciertamente, los órganos jurisdiccionales contra cuyas decisiones no cabe recurso están obligados, con arreglo al artículo 234 CE, si se plantea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a remitir su examen al Tribunal de Justicia. Pero es sabido que la teoría del acto claro³⁴ libera, en algunos supuestos y con determinados requisitos, al juez nacional supremo de esta obligación de remisión. Por otro lado, la libertad del juez español para remitir una cuestión de constitucionalidad de la ley no es tan amplia. En efecto, se deduce del artículo 163 de la Constitución española y del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,³⁵ interpretados por el propio Tribunal Constitucional,³⁶ que los justiciables pueden, al poner en tela de juicio la constitucionalidad de una Ley ante el juez que conoce del litigio principal, obligarle a realizar un examen previo, y si él también considera que la Ley es inconstitucional, a plantear esta cuestión de inconstitucionalidad de la Ley al Tribunal Constitucional. Por tanto, las posibilidades de cuestionar, ante el órgano jurisdiccional que conoce del litigio principal, la constitucionalidad de la ley o su compatibilidad con el Derecho comunitario no difieren demasiado.³⁷ Por otro lado, procede añadir que en el caso en que el justiciable no obtenga del juez nacional que conoce del litigio principal la remisión al Tribunal Constitucional de la cuestión de constitucionalidad de la ley, tiene todavía la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Constitucional

32 — Véase la sentencia Simmenthal, antes citada.

33 — Recientemente, véanse la sentencia Cartesio, antes citada, apartados 90 y 91; sentencia Kempter, antes citada, apartados 41 y 42, y jurisprudencia citada.

34 — Consagrado por el Tribunal de Justicia: véase la sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros (283/81, Rec. p. 3415).

35 — Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (BOE de 5 de octubre, p. 23180).

36 — Véase la sentencia 67/1988, de 18 de abril.

37 — Véase también en este sentido Alonso García, R., «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho Comunitario», *QDL* n° 19, 2009.

mediante un recurso de amparo, mientras que no dispone de este medio para cuestionar directamente la ley respecto del Derecho comunitario ni ante el juez nacional ni ante el Tribunal de Justicia.

37. La segunda consecuencia que se desprende de la presunción de constitucionalidad de la que disfruta la ley española es que la administración tiene la obligación de aplicarla. De ello se deduce una presunción de legitimidad de los actos administrativos que proceden de aquélla. Dicho de otro modo, cualquier recurso administrativo que tenga por objeto cuestionar un acto administrativo basado en la inconstitucionalidad de la ley que aplica está abocado al fracaso. Por el contrario, el principio de primacía obliga no sólo al juez nacional sino también a la administración nacional a inaplicar una ley contraria al Derecho comunitario,³⁸ y, por consiguiente, a admitir un recurso administrativo dirigido contra la medida administrativa que procede de ésta.

38. Sin embargo, las dos situaciones no son realmente comparables. La presunción de constitucionalidad de la ley nacional se deriva de la autoridad superior a la administración reconocida al legislador para interpretar la Constitución. Sólo el juez nacional puede deshacer esta presunción en un sistema centralizado de control de constitucionalidad. Ésta es la consecuencia de la separación de

poderes interna del orden constitucional de dicho Estado. Mas cuando la administración ha de zanjar un conflicto entre normas nacionales y comunitarias, no actúa exclusivamente en el marco de su orden constitucional interno. Al contrario, se encuentra confrontada a dos voluntades legislativas opuestas, que emanan de dos ordenamientos jurídicos diferentes aunque integrados, y a los que se reconocen presunciones de validez diferentes. Éste es el motivo por el que la deferencia respecto de la ley nacional impuesta a la administración en el marco del ordenamiento constitucional interno no puede pura y simplemente trasplantarse al marco de las relaciones entre este ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico comunitario. En sí misma, la obligación de que la administración nacional inaplique las normas nacionales, sean las que sean, incompatibles con el Derecho comunitario, no se deriva de una hipotética presunción inversa de incompatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario. Por el contrario, la razón de que los actos comunitarios se beneficien, en el ordenamiento jurídico comunitario, de una presunción de validez equivalente a la aplicable a las normas nacionales en el ordenamiento jurídico interno, es que la administración, cuando se encuentra con un conflicto entre el Derecho comunitario y una ley nacional, debe tener un criterio para zanjarlo. Y este criterio se lo proporciona el principio de primacía. Por consiguiente, cuando la administración inaplica una ley nacional contraria al Derecho comunitario, no enerva la presunción de validez de las leyes nacionales ni pone en cuestión el principio constitucional interno de separación de poderes. En cambio, se enfrenta a una presunción equivalente de validez de la norma comunitaria, y resuelve este conflicto sobre la base del principio de primacía del Derecho comunitario. No hay que olvidar que, aunque los presupuestos son diferentes y las dos situaciones pueden, por tanto, ser difícilmente comparables en el plano de los principios, de ello se desprende

38 — Véanse las sentencias Costanzo, antes citada, apartado 31, y de 9 de septiembre de 2003, CIF (C-198/01, Rec. 2003 p. I-8055), apartado 49.

en la práctica que el justiciable goza ante la administración de una protección contra la ley contraria al Derecho comunitario de la que no disfruta la ley inconstitucional.

39. No obstante, no es seguro que las posibilidades más restringidas para los justiciables de discutir la constitucionalidad de una ley, debido a la presunción de constitucionalidad de la que disfruta ésta comparadas a las de cuestionar la compatibilidad de una ley con el Derecho comunitario sean tales que justifiquen que un recurso de responsabilidad patrimonial del Estado legislador debido a la infracción del Derecho comunitario esté sometido al agotamiento previo de todas las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo lesivo adoptado sobre la base de la ley, al contrario de lo que ocurre con el recurso de responsabilidad

patrimonial del Estado legislador por infracción de la Constitución.

40. En realidad, como se ha visto, sólo frente a la administración es incontestablemente más fuerte la protección contra la ley incompatible con el Derecho comunitario que la protección contra la ley inconstitucional. Sin embargo, a menos que se incumpla el principio comunitario de equivalencia, tal diferencia no es tan importante que justifique que se someta la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa del Derecho comunitario al agotamiento previo de todas las vías de recurso *no sólo administrativas sino también jurisdiccionales*, contra el acto administrativo adoptado sobre la base de la ley, mientras que tal requisito no se impone en el caso de una acción de responsabilidad patrimonial por infracción de la Constitución por parte de la ley.

III. Conclusión

41. Vistas las consideraciones precedentes, procede dar la siguiente respuesta a la cuestión del Tribunal Supremo:

- 1) Someter el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa del Derecho comunitario a la impugnación previa de la validez del acto administrativo adoptado en aplicación de la ley no vulnera el principio de efectividad, dado que, mediante la impugnación en tiempo oportuno de la validez de dicho acto administrativo, el justiciable habría podido obtener reparación por la totalidad del perjuicio alegado.

- 2) Someter el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa del Derecho comunitario a la impugnación previa de la validez del acto administrativo adoptado en aplicación de la ley vulnera el principio de equivalencia, dado que la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción legislativa de la Constitución no está sometida a dicho requisito y que las posibilidades de recurrir el acto administrativo adoptado en aplicación de la ley no difieren de manera significativa, según se discuta su constitucionalidad o su conformidad con el Derecho comunitario.