

LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA CREACIÓN DE UN *IUS COMMUNE* DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES

Por JOAN DAVID JANER TORRENS *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO.—3. LA DEFINICIÓN DE LAS CONDICIONES SUSTANTIVAS DE RESPONSABILIDAD Y SU EFECTO ARMONIZADOR DE LOS REGÍMENES NACIONALES: ¿HACIA UN *IUS COMMUNE* DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL?—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La definición por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, Tribunal de Justicia) de un conjunto de condiciones sustantivas cuya concurrencia determina el nacimiento del derecho a obtener una indemnización por los perjuicios derivados de una infracción del Derecho comunitario por los Estados miembros ha tenido la virtualidad no sólo de dotar de una mayor eficacia al ordenamiento comunitario ¹, sino también

* Doctor en Derecho, Profesor Ayudante de Universidad de Derecho Internacional Público, Universitat de les Illes Balears.

¹ En relación con dicho principio, *vid.*, entre otros, C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch, 2001; P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du droit communautaire*, Ed. Bruylant, 2000;

de ser el primer paso en el proceso de progresiva aproximación de los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales en los supuestos en que la demanda esté fundamentada en el Derecho comunitario.

El proceso de convergencia de los ordenamientos internos no es consecuencia exclusiva de la formulación de unas mínimas condiciones sustantivas en el ámbito de la responsabilidad patrimonial establecidas por el Tribunal de Justicia, sino que se trata de un proceso que se enmarca en el contexto general de la influencia del Derecho comunitario en el ámbito del Derecho administrativo de los Estados miembros. Ello ha llevado a que se hable de la existencia de un «*Derecho administrativo europeo en formación*»², el cual se proyecta no sólo en la definición de unos principios generales de naturaleza administrativa aplicables en la elaboración y aplicación del Derecho comunitario (tanto por las instituciones comunitarias como por los Estados miembros), sino también en la existencia de un proceso de «*europaización*»³ de los Derechos administrativos nacionales a través de la influencia que, a nivel interno, tiene la definición de unas categorías jurídicas de naturaleza administrativa en el ámbito comunitario. Un buen ejemplo de dicha europaización es la creación de un sustrato común a los diferentes regímenes de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros a partir de la definición y aplicación de las condiciones sustantivas de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario definidas por el Tribunal de Justicia⁴. La existencia de ese

B.-F. MACERA, «La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE», *Revista de Administración Pública*, n.º 149, 1999, pp. 167-182; R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Ed. Civitas, 1997; E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Cuadernos Civitas, 1994.

² S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La problemática actual del Derecho Administrativo Europeo», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Vol. 6, n.º 1-2, 1996, p. 2.

³ E. SCHMIDT-AßMANN, «Les influences réciproques entre les droits administratifs nationaux et le droit administratif européen», *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 20 juin 1996, p. 146.

⁴ El Tribunal de Justicia ha señalado que los poderes públicos nacionales deberán responder patrimonialmente de una infracción del ordenamiento comunitario en aquellos casos en 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 obli-

mínimo denominador común a todos los ordenamientos de los Estados miembros puede tener importantes efectos en los Derechos internos en la medida en que, si bien resulta difícil que se produzca una unificación total de los regímenes de responsabilidad patrimonial, se producirá una aproximación de los diferentes regímenes dando lugar, consecuentemente, al embrión de un eventual *ius commune* de la responsabilidad patrimonial en el ámbito comunitario.

2. LA PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

Las peculiaridades propias de un proceso *sui generis* de integración como el comunitario exige como condición previa la existencia de un marco procedimental y de garantías de naturaleza administrativa con el objetivo

gación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas» (sentencia de 5 de marzo de 1996, as. ac. C-46/93 y C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur/Factorfame III*), Rec. 1996, p. I-1029, en p. I-1149 (FJ 51)). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por incumplimiento del Derecho comunitario ha sido especialmente prolíja. *Vid.*, en este sentido, sentencia de 19 de noviembre de 1991, as. ac. C-6/90 y C-9/90 (*Francovich I*), Rec. 1991, pp. I-5357 y ss.; sentencia de 16 de diciembre de 1993, as. C-334/92 (*Wagner Miret*), Rec. 1993, pp. I-6911 y ss.; sentencia de 26 de marzo de 1996, as. C-392/93 (*British Telecommunications*), Rec. 1996, pp. I-1631 y ss.; sentencia de 8 de octubre de 1996, as. ac. C-178/94, C-179/94 y C-188/94 (*Dillenkofer y otros*), Rec. 1996, pp. I-4845 y ss.; sentencia de 17 de octubre de 1996, as. ac. C-283, 291 y 292/94 (*Denkavit International BV y otros*), Rec. 1996, pp. I-5063 y ss.; sentencia de 14 de enero de 1997, as. ac. C-192/95 a C-218/95 (*Comateb y otros*), Rec. 1997, pp. I-165 y ss.; sentencia de 22 de abril de 1997, as. C-66/95 (*Sutton*), Rec. 1997, pp. I-2163 y ss.; sentencia de 10 de julio de 1997, as. ac. C-94/95 y C-95/95 (*Bonifaci y otros y Berto y otros*), Rec. 1997, pp. I-3969 y ss.; sentencia de 10 de julio de 1997, as. C-261/95 (*Palmisani*), Rec. 1997, pp. I-4025 y ss.; sentencia de 10 de julio de 1997, as. C-373/95 (*Maso y otros*), Rec. 1997, pp. I-4051 y ss., la sentencia de 20 de noviembre de 1997, as. C-90/96 (*Petrie y otros*), Rec. 1997, pp. I-6527 y ss.; sentencia de 2 de abril de 1998, as. C-127/95 (*Norbrook Laboratories*), Rec. 1998, pp. I-1531 y ss.; sentencia de 24 de septiembre de 1998, as. C-319/96 (*Brinkmann*), Rec. 1998, pp. I-5255 y ss.; sentencia de 1 de junio de 1999, as. C-302/97 (*Konle c. República de Austria*), Rec. 1999, pp. I-3099 y ss.; sentencia de 15 de julio de 1999, as. C-321/97 (*Andersson y otros c. Reino de Suecia*), Rec. 1999, pp. I-3551 y ss.; sentencia de 15 de julio de 1999, as. C-140/97 (*Rechberger, Greindl, Hofmeister y otros*), Rec. 1999, pp. I-3499 y ss. y sentencia de 4 de julio de 2000, as. C-424/97 (*Haim II*) (todavía no publicada en la recopilación)

de asegurar una aplicación efectiva del Derecho comunitario sustantivo tanto por las instituciones comunitarias como por los Estados miembros⁵. En este sentido, se ha de tener en cuenta que el hecho de que en el ámbito comunitario esté en vigor, con carácter general, el principio de administración indirecta⁶ no excluye que el Tribunal de Justicia haya definido una serie de principios generales de naturaleza administrativa que, junto a los principios de cooperación, autonomía y subsidiariedad, informarán la labor que lleven a cabo los poderes públicos nacionales. Este conjunto de preceptos y principios comunitarios, positivados o no, relativos a la aplicación del Derecho comunitario al caso concreto formarán parte del «Derecho administrativo europeo»⁷.

El Tribunal de Justicia ha elaborado un conjunto de principios de naturaleza administrativa con el objetivo de garantizar la máxima protección a los particulares en aquellos casos en que los poderes públicos nacionales apliquen el Derecho comunitario⁸. Estos principios, al igual que los principios generales del Derecho comunitario, son el resultado de un proceso que se ha denominado de «*cross-fertilisation*», en virtud del cual los principios de naturaleza administrativa se ven mutuamente influidos por las diferentes categorías administrativas vigentes tanto a nivel comunitario como a nivel de los Estados miembros⁹. La definición, a partir de los principios generales comunes a los Estados miembros, de unos principios de Derecho administrativo ha tenido una especial trascendencia en la misma configuración del ordenamiento comunitario pues, tal y como señala MUÑOZ

⁵ H. P. NEHL, *Principles of Administrative procedure in EC Law*, Hart Publishing, 1999, p. 2.

⁶ En relación con este principio, vid. S. GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho Comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Ed. Civitas, 1998; A. M. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Ed. Marcial Pons, 1998.

⁷ J. BARNÉS, «Hacia el Derecho Público Europeo», en: J. BARNÉS (Coord), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Ed. Civitas, 1993, p. 49. En relación con los elementos que informan el Derecho administrativo europeo, vid. J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1992.

⁸ S. MUÑOZ MACHADO, «General Principles of European Law and the reform of the Spanish Law on Administrative Procedure», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 1, n.º 3, 1994, p. 240.

⁹ F. G. JACOBS, «Public Law - The impact of Europe», *Public Law*, Summer 1999, p. 236. Para un estudio más detallado de dicho principio, vid. T. DE LA MARE, *Judicial cross-fertilisation in the European Community*, LLM Thesis, European University Institute, 1995.

MACHADO, «el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha hecho una labor meritoria de fijación de los principios generales comunitarios de procedimiento administrativo, inspirándose en los ordenamientos nacionales. Al hacerlo, ha tratado de traer, de las variadísimas reglas especiales que cada procedimiento singular contiene, el tronco común inesquivable de reglas de comportamiento y de garantías oponibles a la actuación de la Administración»¹⁰.

El hecho de que las garantías y principios de naturaleza administrativa definidos por el Tribunal de Justicia tengan su origen en los ordenamientos de los Estados miembros no sólo dotará a estos principios de una mayor legitimidad, sino que también facilitará su aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales. Además, los principios de naturaleza administrativa establecidos por el órgano jurisdiccional comunitario tendrán la virtualidad de influir en los ordenamientos internos de los Estados miembros, no sólo a través de la introducción de categorías jurídicas desconocidas hasta ese momento en determinados Derechos internos, sino también en la reformulación de categorías o figuras jurídicas vigentes en los ordenamientos nacionales¹¹.

Los principios de naturaleza administrativa que ha elaborado el Tribunal de Justicia serán aplicables tanto en aquellos supuestos en que sea directamente la administración comunitaria la que actúe como en aquellos casos en que, en virtud del principio de administración indirecta, sean las administraciones nacionales las encargadas de aplicar el Derecho comunitario¹². Asimismo, estos principios serán aplicados como estándares

¹⁰ S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones de Estado*, Alianza Universidad, 1993, p. 128.

¹¹ A título de ejemplo cabe señalar la redefinición, al hilo del Derecho comunitario, del concepto de «orden público»; la modificación de la normativa relativa al ejercicio de la función pública; la introducción de la figura de la responsabilidad del Estado-legislador por actuaciones contrarias al Derecho comunitario o la notable influencia en el ámbito del Derecho administrativo económico. En relación con la influencia del Derecho comunitario en el ámbito del Derecho administrativo español, *vid.* J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol», *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 20 juin 1996, pp. 118-124; S. MUÑOZ MACHADO, *loc. cit.*, nota 8, pp. 231-252.

¹² Para un estudio más detallado de los diversos principios que informan los procedimientos administrativos en el ámbito comunitario, *vid.* K. LENAERTS & J. VANHAMME, «Procedural rights of private parties in the Community administrative process», *Common Market Law Review*, Vol. 34, n° 3, 1997, pp. 531-569; J. SCHWARZE, «The procedural guarantees in the recent case-law of the European Court of Justice»,

res objetivos de la actuación que lleven a cabo las autoridades administrativas¹³.

La elaboración de estos principios y su aplicación tanto por las autoridades comunitarias como por las autoridades nacionales, implicará la configuración de un sustrato común o *ius commune* en el ámbito del Derecho administrativo de aquellas materias que entren en la órbita del Derecho comunitario. Algún autor como GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ ha sido muy reticente a utilizar el término «*ius commune*» en el ámbito del Derecho administrativo, al entender que sería más correcto hablar de un proceso de europeización de los Derechos nacionales fruto de la preeminencia de los principios generales comunitarios, lo cual llevaría a introducir el concepto de «*ius europaeum administrativum superior et dominans*»¹⁴. FERNÁNDEZ ESTEBAN se ha pronunciado igualmente en contra de la utilización del término «*ius commune*» al entender que, históricamente, dicho término hacía referencia al *Corpus Iuris Civilis* y a la interpretación que hacían los glosadores en aquellos casos en que no era aplicable la costumbre local, mientras que, en virtud del principio de primacía, el Derecho comunitario sustituirá (y no complementará) al Derecho nacional en aquellos casos en que haya una contradicción entre ambos ordenamientos¹⁵. En último término, SCHWARZE ha señalado que el hecho de que los Derechos internos de los Estados miembros estén fuertemente influidos por las respectivas tradiciones nacionales hace sumamente difícil hablar de un

en: D. CURTIN & T. HEUKELS (Ed.), *Institutional dynamics of European Integration. Essays in honour of H. G. Schermers*, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 487-496.

¹³ J. SCHWARZE, «The Administrative law of the Community and the protection of human rights», *Common Market Law Review*, Vol. 23, 1986, p. 403.

¹⁴ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derecho Administrativo Privado*, Ed. Montecorvo, 1996, p. 45. VAN GERVEN, por el contrario, ha entendido que es más oportuno hablar de un proceso de «comunitarización de los Derechos nacionales», al considerar que el término «europeización» hace referencia al proceso de armonización de los ordenamientos nacionales no sólo a través del Derecho comunitario, sino también a través de otros factores de armonización tales como la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la influencia del Derecho comparado (W. VAN GERVEN, «Bridging the gap between Community and National laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?», *Common Market Law Review*, Vol. 32, 1995, p. 698).

¹⁵ M.^a L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, «National judges and Community Law: the paradox of the two paradigms of law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 4, 1997, p. 147.

derecho administrativo común europeo y, por ello, entiende que resulta más oportuno hablar de un proceso de intensa y mutua influencia entre los principios de naturaleza administrativa propios del Derecho comunitario y los principios derivados de los ordenamientos de los Estados miembros¹⁶.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que la armonización de los Derechos administrativos de los Estados miembros no resulta una labor fácil ya que éstos están muy influidos por las tradiciones nacionales¹⁷. Ahora bien, también es cierto que, ya sea por vía jurisprudencial o por vía normativa (reglamentos o directivas), el Derecho comunitario ha operado una aproximación de los ordenamientos jurídico-administrativos de los Estados miembros¹⁸. En esta línea resultan especialmente elocuentes las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA al señalar que el «(...) proceso de incidencia de las técnicas ius-comunitarias sobre los Tribunales de los quince países de la Unión está produciendo, como es cada vez más visible, una verdadera convergencia entre los ámbitos y extensión del control de sus Tribunales contencioso-administrativos», lo cual desembocará en la creación de un «verdadero *ius commune europaeum*»¹⁹.

En definitiva, si bien es verdad que, en la actualidad, no existe propiamente un cuerpo de Derecho Administrativo Europeo común a los ordenamientos administrativos internos de los Estados miembros, lo cierto es que, a través de la labor llevada a cabo por el Tribunal de Justicia definiendo una serie de principios de naturaleza claramente administrativa que informan la aplicación del Derecho comunitario²⁰, se han establecido diferen-

¹⁶ J. SCHWARZE, «Developing principles of European administrative law», *Public Law*, Summer 1993, p. 239.

¹⁷ C. GRAHAM, «Towards a European Administrative Law? The English Case», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 1, 1993, p. 3.

¹⁸ G. GRECO, «Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 1, 1993, p. 85.

¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, 1999, p. 13-14.

²⁰ En este sentido, algún autor de reconocido prestigio como DUE (antiguo presidente del Tribunal de Justicia) ha reivindicado una codificación básica de los principios que informan el Derecho Administrativo Europeo con el objetivo de dotar de mayor seguridad jurídica y efectividad al mismo Derecho comunitario (O. DUE, «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 4-5, 1987, p. 396). Asimismo, SORIANO GARCÍA también se ha pronunciado a favor de la creación de una «Ley de Procedimiento Administrati-

tes principios que son comunes a todos los Estados miembros y que éstos deberán observar. Asimismo, las categorías jurídicas establecidas por el Tribunal de Justicia han tenido la virtualidad de influir en las categorías vigentes en los ordenamientos internos de los Estados miembros. El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario constituye un claro ejemplo del modo en que un principio establecido por el órgano jurisdiccional comunitario puede influir las condiciones sobre responsabilidad patrimonial de los poderes públicos vigentes en Derecho interno y de los efectos que ello puede implicar en relación con el establecimiento de unas condiciones de responsabilidad más o menos homogéneas en todos los Estados de la Unión.

3. LA DEFINICIÓN DE LAS CONDICIONES SUSTANTIVAS DE RESPONSABILIDAD Y EL EFECTO ARMONIZADOR DE LOS REGÍMENES NACIONALES: ¿HACIA UN *IUS COMMUNE* DE LA RESPONSABILIDAD?

El Tribunal de Justicia ha definido una serie de condiciones sustantivas que generan, a través de un procedimiento que se debe sustanciar ante los órganos jurisdiccionales nacionales y según sus respectivas normas procesales, un derecho incondicional a obtener una indemnización por los perjuicios que haya generado a un particular la infracción del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales. De esta manera, el Tribunal de Justicia ha establecido el primer elemento relativo a la existencia de un denominador común a todos los ordenamientos de los Estados miembros: la obligación que tienen los poderes públicos nacionales de indemnizar los perjuicios derivados de un incumplimiento del Derecho comunitario. Además, al elaborar las condiciones sustantivas de responsabilidad, el mismo Tribunal de Justicia ha introducido determinadas categorías jurídicas totalmente desconocidas en determinados Estados miembros, pero que pasan a ser comunes a todos los Estados de la Unión en los supuestos de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario.

En aquellos supuestos en que las autoridades nacionales gocen de un importante margen de discrecionalidad en el marco de sus actuaciones, será preciso caracterizar la ilegalidad de un modo especial y, por ello el Tribu-

vo Comunitario» (J. E. SORIANO GARCÍA, «Dos vivas por el triunfo de los principios generales en el Derecho Administrativo de la Comunidad», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 200, 1999, p. 49).

nal de Justicia ha señalado que dicha ilegalidad deberá consistir en una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho comunitario, esto es, lo importante será que se ponga de relieve que los poderes públicos nacionales han infringido el ordenamiento comunitario siendo conscientes de la magnitud de dicho incumplimiento. Así pues, se introduce un elemento subjetivo en la calificación de la actuación infractora del Derecho comunitario, lo cual determina que, en el supuesto en que los poderes públicos nacionales cuenten con un amplio margen de discrecionalidad en el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias, nos encontremos ante un régimen de responsabilidad de corte subjetivo. Ahora bien, en los supuestos de falta de discrecionalidad, el Tribunal de Justicia ha entendido que la mera infracción del Derecho comunitario equivale a la existencia de una violación suficientemente caracterizada²¹, lo cual ha implicado introducir un régimen de responsabilidad de corte objetivo, en el cual no será necesario probar la existencia de una voluntad de incumplir el ordenamiento comunitario. Ello determinará, pues, que nos encontremos ante un sistema de responsabilidad de corte objetivo o subjetivo dependiendo del grado de discrecionalidad con que cuenten los poderes públicos nacionales para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Derecho comunitario²².

Esta configuración de la responsabilidad patrimonial tendrá una importante influencia en los regímenes internos de responsabilidad patrimonial ya que, entre los quince Estados miembros de la Unión, no se hace un tratamiento uniforme de la relevancia del elemento subjetivo o intencional de la conducta que fundamenta la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales. Así, mientras que países como Gran Bretaña, Irlanda, Bélgica y Luxemburgo tienen un régimen de responsabilidad patrimonial basado en la concurrencia de la culpa o del elemento intencional por parte del poder público que genera el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, en otros países como Francia, España, Italia o Grecia no se exige el elemento subjetivo, sino que es suficiente la ilegalidad del comportamiento generador del perjuicio para que surja la responsabilidad de un poder público²³.

²¹ Sentencia de 23 de mayo de 1996, as. C-5/94 (*Hedley Lomas*), Rec. 1996, p. I-2553, en p. I-2613 (FJ 28).

²² R. ALONSO GARCÍA, «Actividad judicial v. inactividad normativa», *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, p. 122.

²³ F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES & J. M. GODART, «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté Européenne», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 26, n.º 1, 1990, pp. 27-74.

Al margen de la influencia que el Derecho comunitario puede tener en el hecho de que los jueces se familiaricen con un sistema de responsabilidad de corte objetivo o subjetivo, lo cierto es que el mismo concepto de «*violación suficientemente caracterizada*» puede introducir novedades importantes en los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial. Así, desde la perspectiva de nuestro Derecho interno, cabe destacar que dicho concepto es totalmente ajeno a las condiciones exigidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) [artículos 139 y siguientes] para que surja la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos españoles. Ello no obsta para que dicho término adquiera carta de naturaleza para los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, que serán los que entenderán de este tipo de demandas. Ahora bien, la familiaridad con este nuevo término no implicará que las demandas de indemnización internas en las cuales no exista ningún elemento de conexión con el Derecho comunitario exijan la concurrencia de este requisito para que los particulares tengan derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

La jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia también ha supuesto un avance importante en la introducción del principio de responsabilidad del Estado legislador en aquellos casos en que el Derecho interno excluya o no prevea la responsabilidad del denominado «Estado legislador» (o responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por «hecho de las leyes»)²⁴. Este tipo de responsabilidad está prevista en países como Francia, Grecia, Dinamarca, Portugal, Holanda y España²⁵, mientras

²⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA & T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Sexta edición, Ed. Civitas, 1999, p. 212.

²⁵ En el caso español, el artículo 106.2 de la Constitución contiene la previsión genérica del deber que tienen los poderes públicos de indemnizar los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos, pero no se hace ninguna alusión expresa a la responsabilidad por la actividad normativa del Estado. Esta cuestión se ha solucionado definitivamente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la cual, en su artículo 139.3, dispone que «las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos (...)». En relación con la nueva regulación del régimen de responsabilidad de la administración, *vid.* S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992», *Revista Española de De-*

que otros países como Alemania, Bélgica, Irlanda, Gran Bretaña y Luxemburgo no prevén tal reconocimiento²⁶. Ahora bien, con independencia de la regulación que a nivel interno se haga de esta cuestión lo cierto es que, a partir de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia, los tribunales nacionales estarán obligados a conceder una indemnización por los perjuicios derivados de la adopción por parte del poder legislativo de una disposición que sea contraria al Derecho comunitario o por la falta de adopción de una disposición de Derecho derivado, siempre y cuando se cumplan las otras condiciones sustantivas exigidas por el Tribunal de Justicia. De esta manera, el Derecho comunitario introduce, por vía jurisprudencial, un principio desconocido por los jueces nacionales conforme al cual éstos deberán enjuiciar las demandas de indemnización basadas en el Derecho comunitario que se le presenten. Ello posibilita, a su vez, que los jueces nacionales se familiaricen con un principio desconocido en su derecho interno.

El proceso de introducción de categorías jurídicas nuevas en el ámbito de la responsabilidad patrimonial y los efectos que ello implica en cuanto a toma de contacto por parte de los tribunales nacionales de unas condiciones desconocidas en los respectivos ordenamientos internos supone una cierta aproximación inicial de los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos²⁷. En este sentido, el mismo principio de tutela y protección de los derechos subjetivos de los particulares se configura como el germen, con todos los matices que se le quieran añadir, de ese *ius commune* de la responsabilidad²⁸.

recho Administrativo, n.º 104, 1999, pp. 633-641; A. BLASCO ESTEVE, «La responsabilidad de la Administración», en: *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Carperis, 1993, pp. 409-443.

²⁶ El estudio comparativo de los regímenes nacionales de responsabilidad por actuaciones imputables al legislador ha sido elaborado por el Abogado General LÉGER en sus conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 23 de mayo de 1996, as. C-5/94 (*Hedley Lomas*), Rec. 1996, p. I-2553, en p. I-2579 (pto. 98).

²⁷ En este sentido, resultan especialmente elocuentes las palabras de WAELBROECK al señalar que «(...) the Court's new jurisprudence will undoubtedly bring about a certain harmonization of those laws. Indeed, one of the first results will probably be that in most Member States, the legislature will no longer enjoy its present immunity against actions for damages» (D. F. WAELBROECK, «Treaty violations and liability of Member States: the effect of the Francovich case law», en: T. HEUKELS & A. MCDONNELL (ed), *The action for damages in Community Law*, Kluwer Law International, 1997, p. 320).

²⁸ R. CARANTA, «Judicial protection against Member States: a new *ius commune* takes shape», *Common market Law Review*, Vol. 32, 1995, p. 726.

La definición de las diferentes condiciones sustantivas de responsabilidad no sólo implicará un tratamiento más o menos homogéneo de las demandas de indemnización por infracción del Derecho comunitario que se planteen ante los tribunales nacionales, sino que también tendrá la virtualidad de influir en los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial por la realización de conductas que perjudican a los particulares y que nada tienen que ver con el Derecho comunitario. En estos supuestos, según VAN GERVEN, es previsible que se produzca un acercamiento de ambos regímenes de responsabilidad y que, en aras de evitar discriminaciones entre los particulares en el ámbito de la tutela judicial efectiva de sus derechos, se imponga aquel régimen que resulte ser más beneficioso para los particulares, con el claro objetivo de evitar discriminaciones entre los particulares en el ámbito de la tutela de sus derechos²⁹.

Ahora bien, ¿se ha producido realmente un proceso de acercamiento de ambos regímenes de responsabilidad o, por el contrario, ha sido un régimen de responsabilidad el que se ha impuesto sobre el otro? De un análisis detallado de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia se desprende que el órgano jurisdiccional comunitario ha formulado una serie de requisitos cuya concurrencia determina el nacimiento de un derecho incondicional a obtener una indemnización prescindiendo de las condiciones sustantivas y requisitos establecidos en los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial (especialmente ilustrativa resulta la observación hecha por GARCÍA DE ENTERRÍA al señalar que la caracterización de la ilegalidad como una «violación suficientemente caracterizada» de una disposición que confiere derechos a los particulares carece de fundamento desde la perspectiva del Derecho de daños o reparatorio)³⁰.

Así pues, no nos encontramos ante un proceso de mutua interacción entre los diversos regímenes y condiciones de responsabilidad, sino que, por el contrario, ha sido el Tribunal de Justicia quien, libremente, ha elaborado unas condiciones de responsabilidad prescindiendo de si dichas condiciones eran conocidas en los Estados miembros. En este sentido, resultan especialmente elocuentes las palabras de MUÑOZ MACHADO al se-

²⁹ W. VAN GERVEN, «Mutual permeation of Public and Private law at the national and supranational level», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 5, 1998, p. 22.

³⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final en el Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998, pp. 117-144.

ñalar que, si bien el Derecho comunitario de la responsabilidad debe inspirarse en los principios generales comunes a los Estados miembros, «(...) la realidad es que se está produciendo un efecto inverso: el Derecho comunitario de la responsabilidad, tal y como está siendo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está influyendo de manera obligada y precisa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros»³¹. En efecto, a través de la elaboración de determinadas categorías jurídicas no siempre conocidas en los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial, el Tribunal de Justicia ha hecho que los órganos jurisdiccionales nacionales no sólo se familiaricen con ellas, influyendo así en los ordenamientos internos de los Estados miembros, sino que ha facilitado igualmente una mayor aplicación y proyección del Derecho comunitario en los Estados miembros³².

El efecto armonizador llevado a cabo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no sólo se ha proyectado en la definición de las condiciones de responsabilidad de los poderes públicos, sino también en otros ámbitos como el relativo a la adopción de medidas cautelares basadas en el Derecho comunitario³³. Esta doctrina descansa, por una parte, en el

³¹ S. MUÑOZ MACHADO, «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho Comunitario Europeo», en: G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS & D. J. LIÑÁN NOGUERAS (Dir), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Ed. Civitas, 1993, p. 153.

³² En este sentido, WEATHERILL ha señalado que «It is rather well known that national law can be a source of Community law. Here is increasingly the reverse process - Community law as a source of national law and not simply where it is directly effective. The stream of common development of European laws widens» (S. WEATHERILL, «Beyond EC Law rights, national remedies», en: A. CAIGER & D. FLOU-DAS (ed.), *1996 Onwards. Lowering the barriers further*. Ed. Wiley, 1996, p. 247).

³³ Este principio descansa esencialmente en diferentes sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia. *Vid.*, en este sentido, sentencia de 19 de junio de 1990, as. C-213/89 (*Factortame*), Rec. 1990, pp. I-2433 y ss; sentencia de 21 de febrero de 1991, as. ac. C-143/88 y C-92/89 (*Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*), Rec. 1991, pp. I-415 y ss; sentencia de 9 de noviembre de 1995, as. C-465/93 (*Atlanta*), Rec. 1995, pp. I-3761 y ss. En relación con la adopción de medidas cautelares basadas en el Derecho comunitario, *vid.* J. M. SOBRINO HEREDIA, «La incidencia del Derecho comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medidas cautelares de contenido positivo», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, n.º 3, 1996, pp. 779-797; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español)*, Ed. Civitas, 2.ª edición, 1995; E. SHARPSTON, *Interim and substantive relief in claims under Community Law*, Butterworths, 1993;

reconocimiento al juez nacional de una amplia libertad de configuración de las medidas, positivas o negativas, necesarias para asegurar la efectividad del fallo que en su día se dicte y, por otra, en la fijación de los criterios del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* sobre los que se basará el razonamiento que en su caso lleve a acordar la adopción de tales medidas. Un Auto de 29 de enero de 1997 del Presidente del Tribunal de Justicia ha venido a confirmar y complementar esta doctrina, esta vez en relación con la posibilidad de ordenar el pago anticipado como medida cautelar³⁴. Si bien desde la perspectiva de nuestro Derecho interno, los artículos 111 y 129 y ss. de la LRJPA regulan la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia permitirá a los tribunales españoles de lo contencioso-administrativo decretar la suspensión cautelar de los actos dictados en aplicación de las normas comunitarias o de aquellas normas nacionales que entren en colisión con las normas comunitarias y ello con absoluta independencia de la regulación contenida en nuestro ordenamiento interno.

Aunque existan importantes diferencias entre las condiciones de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario establecidas por el Tribunal de Justicia y las condiciones de responsabilidad vigentes en los Estados miembros, se ha afirmado que sería deseable que ambos regímenes de responsabilidad tuviesen un tratamiento armonizado u homogéneo, pues ello mejoraría el grado de protección y tutela de los derechos subjetivos de los particulares³⁵. Pero, ¿en qué consistirá ese proceso de creación de un derecho común de la responsabilidad? FINES ha señalado que este proceso de armonización de los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial se podría llevar a cabo de dos maneras: a

G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La tutela judicial cautelar en el Derecho comunitario», en: G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS & D. J. LIÑÁN NOGUERAS (Dir), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Ed. Civitas, 1993, pp. 633-652.

³⁴ Auto de 29 de enero de 1997, as. C-393/96 P(R), (*Antonissen*), Rec. 1997, pp. I-441 y ss. En relación con este auto, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (Référé-Provision). A propósito del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de la CE de 29 de marzo de 1997 (Asunto *Antonissen*)», *Revista de Administración Pública*, n.º 142, 1997, pp. 225-243.

³⁵ W. VAN GERVEN, «Non-contractual liability of Member States, Community institutions and individuals for breaches of Community Law with a view of a Common Law for Europe», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 1, 1994, p. 40.

través de un proceso de unificación horizontal o vertical³⁶. El primero consistiría en la elaboración de un régimen de responsabilidad común a todos los sistemas nacionales de responsabilidad, mientras que el segundo aludiría al proceso de traslación de las condiciones sustantivas de responsabilidad patrimonial definidas por el Tribunal de Justicia a los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial. Asimismo, CARANTA ha aludido también a la creación de un *ius commune* tanto horizontal (conjunto de condiciones de responsabilidad comunes a todos los Estados miembros) como vertical (conjunto de condiciones de responsabilidad comunes a la Comunidad y a sus Estados miembros)³⁷. La homogeneización de las distintas condiciones de responsabilidad patrimonial se proyectaría en ambos niveles, pues, en principio, y siempre en aras de garantizar un mismo nivel de tutela de los particulares, habría una sintonía entre las condiciones de responsabilidad patrimonial aplicables a la Comunidad y a los Estados miembros estableciéndose, consecuentemente, un sustrato común a todos los Estados miembros.

Ahora bien, lo cierto es que esta labor se presenta como sumamente difícil y compleja (aunque no imposible) en la medida en que existen importantes diferencias no sólo en las condiciones de responsabilidad patrimonial definidas por el Tribunal de Justicia y las condiciones vigentes en los Estados miembros, sino entre las mismas condiciones de responsabilidad existentes en los quince Estados de la Unión en la medida en que, como ya se ha indicado anteriormente, éstas están fuertemente influidas por las tradiciones propias de cada país.

En todo caso, es preciso tener en cuenta que si se apuesta por la creación de un régimen homogéneo de responsabilidad, éste únicamente será aceptable si otorga una adecuada protección a los particulares³⁸. Si lo que se trata es de trasladar las condiciones y requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por infracción del Derecho comunitario a los regímenes

³⁶ F. FINES, «Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire?», *Revue Trimestrelle du Droit Européen*, Vol. 33, n.º 1, 1997, p. 80.

³⁷ R. CARANTA, «Learning from our neighbours: Public Law remedies homogenization from bottom up», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 4, 1997, p. 237.

³⁸ En este sentido, STEYGER señala que «(...) the question of whether such a *ius commune* is a desirable option depends on the level of protection it will offer to the individual and to the administration» (E. STEYGER, *National traditions and European Community Law. Margarine and Marriage*, Dartmouth, 1997, p. 219).

nacionales de responsabilidad patrimonial, dicha opción no parece la más adecuada, pues la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia es sumamente restrictiva y difícilmente permitirá que un particular obtenga una indemnización. En efecto, la exigencia de que se produzca una violación suficientemente caracterizada de una disposición comunitaria atributiva de derechos subjetivos a los particulares y que medie un nexo causal entre la actuación que se ha llevado a cabo y el perjuicio ocasionado hacen que difícilmente pueda prosperar la acción de indemnización por infracción del Derecho comunitario.

4. CONCLUSIONES

La definición por el Tribunal de Justicia de un conjunto de condiciones de naturaleza sustantiva ha supuesto la introducción de diferentes categorías jurídicas desconocidas en los regímenes internos de responsabilidad patrimonial de algunos Estados miembros (a título de ejemplo cabe citar el principio de la responsabilidad del Estado legislador, la formulación de un régimen de responsabilidad de corte objetivo o el mismo concepto de violación suficientemente caracterizada). Ello supondrá que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan que familiarizarse con unas categorías jurídicas que incluso pueden ir en contra de principios de naturaleza constitucional como puede ser el principio de la «irresponsabilidad» del poder legislativo propio del Derecho inglés. Esa proyección de las categorías jurídicas definidas por el Tribunal de Justicia en el marco de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros tendrá, al igual que lo ha tenido la definición de unos principios generales comunes del Derecho comunitario y unos principios de naturaleza administrativa, la virtualidad de establecer el germen de un eventual régimen europeo de la responsabilidad patrimonial.