

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR: ESPECIAL REFERENCIA A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.

Pilar Alvarez Barbeito

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Tradicionalmente, tanto en nuestro país como en el derecho comparado se negó la posibilidad de que existiese una responsabilidad derivada de los perjuicios que a los ciudadanos pudieran ocasionarse como consecuencia de actos legislativos. Se entendía que este tipo de actos emanaban directamente de los representantes de los ciudadanos, por lo que éstos debían soportarlos sin poder obtener compensación alguna por el eventual sacrificio o daño que aquéllos pudieran ocasionarles.

Esta situación conducía a la “injusticiabilidad” del poder legislativo¹, posición inicial a partir de la cual algunos Estados, sobre todo aquellos que tienen establecidos mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes comenzaron a relativizar.

Se dio entrada así, a un primer supuesto en el que cabría apreciar la responsabilidad del Estado legislador, esto es, el caso de las leyes que vulneran la Constitución y que, por tanto, causan un perjuicio que indudablemente los afectados no tienen la obligación de soportar, existiendo en estos casos un mecanismo jurídico para declarar la inconstitucionalidad de tales normas². La aceptación de este supuesto, sin perjuicio de los matices a los que seguidamente aludiremos, no plantea mayor controversia entre la doctrina, admitiendo que toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de dicha norma³.

No obstante lo anterior, los efectos que tanto desde un punto de vista material como temporal lleve aparejada la declaración de inconstitucionalidad han servido en muchos casos para modular la exigencia de responsabilidad, extremo en el que en muchas ocasiones las decisiones judiciales se han visto fuertemente influenciadas por consideraciones de índole político-económico⁴.

1 Término utilizado por CELDRÁN RUANO, J.: *La responsabilidad del estado por actos de aplicación de las leyes: aproximación histórica y significado actual*, Universidad de Murcia, 1996, p. 68.

2 SUÁREZ GARCÍA, J.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: principios y procedimientos”, en la obra colectiva, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 206.

3 GARRIDO FALLA, F.: “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *R.A.P.*, nº 118, 1989,

4 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 179 y ss.

En ese sentido, y aunque en principio parece lógico pensar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debería provocar la desaparición de los efectos producidos por ésta, reconociendo el derecho de los contribuyentes a la devolución de lo ingresado en ejecución de la misma –afirmación que equivale a reconocer los efectos retroactivos que las mencionadas declaraciones de inconstitucionalidad deberían tener en un sistema en el que, como el español o el alemán, la nulidad de una norma no deriva de la decisión del Tribunal Constitucional, sino del efecto directo de la Constitución sobre las leyes contrarias a la misma⁵-, el TC español ha dado entrada a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, limitando así los naturales efectos retroactivos de dichas sentencias⁶.

Relacionado en el anterior, se ha planteado también el problema de las leyes que son materialmente expropiatorias. Partiendo de los dictados del art. 33.3 CE, toda expropiación debe ir acompañada de la correspondiente indemnización, de donde cabe deducir que toda ley que implique la privación de bienes y derechos concretos y determinados descartando la correspondiente compensación económica, es contraria a la Constitución.

No obstante lo anterior, es necesario establecer una diferenciación entre la responsabilidad del Estado legislador y el instituto de la expropiación realizada en virtud de una ley. En ese sentido, tal y como ha señalado la doctrina, la expropiación legislativa supone una privación de bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos realizada mediante una ley singular destinada a privar a una persona de su titularidad mediante el pago de un precio. Por su parte, la responsabilidad del Estado legislador nacería de una norma de carácter general cuya aplicación supusiera un sacrificio especial para determinadas personas que no tuviesen la obligación de soportar, o de una norma singular que no reportase ningún beneficio o ventaja a ninguna Administración en su organización, patrimonio o actividad o a un tercero relacionado con la misma⁷.

Así las cosas, una ley materialmente expropiatoria habrá de prever la indemnización a la que tendrán derecho los sujetos singularmente afectados por las actuaciones que en virtud de esa norma hayan de realizarse, compensación económica que ha de diferenciarse y ubicarse extramuros del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Por su parte, cuando exista una norma de contenido expropiatorio que excluya el correspondiente resarcimiento económico para los sujetos que resultan privados o limitados en sus intereses patrimoniales habrá lugar a exigir la condena patrimonial al Estado legislador, pero no porque estemos ante una ley de carácter expropiatorio, sino porque estaríamos ante una ley cuyo contenido vulnera la Constitución procediendo, por ello, la declaración de inconstitucionalidad de la misma, cuyos efectos serán similares a los de cualquier otra ley que corra la misma suerte por contradecir un precepto constitucional⁸.

5 CAAMAÑO ANIDO, M.A.: “Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos”, *R.E.D.F. Civitas*, nº 92, 1996, p. 763.

6 CAAMAÑO ANIDO, CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, La Ley, Madrid, 2001, pp. 347.349.

7 FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA: *Reflexión sobre a responsabilidade patrimonial do Estado lexislador*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, p. 27.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, op. cit., p. 382, “La exclusión por la norma legal de la indemnización correspondiente a la privación patrimonial singular que imponga determinará, pues, la inconstitucionalidad de la Ley; la omisión de toda referencia a la indemnización en la Ley singular hará, por el contrario, entrar en juego el sistema general que la LEF establece, cuya aplicación debe comenzar exactamente allí donde el *ius singulare* termina su despliegue. Todo ello, naturalmente, si, en efecto, existe la privación singular en que consiste materialmente toda expropiación, cuestión ésta que es preciso resolver con carácter previo”.

No obstante lo anterior, y lejos de lo que pueda pensarse, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no se activa únicamente por actuaciones u omisiones amparadas en normas declaradas inconstitucionales, y por tanto ilícitas, sino que también pueden tener su origen en normas perfectamente ajustadas a nuestra Norma Fundamental.

En la legislación española, esta posibilidad ha sido recogida por primera vez de manera expresa en el art. 139.3 de la Ley 30/1992, al disponer que “Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Dicho precepto parece dar a entender que, como regla general, los daños causados por actos legislativos en principio adaptados a la Constitución y que no tengan naturaleza expropiatoria, no dan derecho a percibir indemnización, reparación que sólo procederá en aquéllos supuestos en los que así lo prevea expresamente el legislador. Ante esta situación cabe preguntarse cuál es la virtualidad del precepto que ahora comentamos, ya que no parece que pueda dudarse que antes de su existencia el legislador ya podía hacer lo que dice la Ley, esto es, fijar medidas indemnizatorias por los perjuicios que la entrada en vigor de una determinada ley de contenido no expropiatorio pudiera ocasionar a los ciudadanos.

Esta situación puede producirse cuando se ocasiona un detrimento patrimonial como consecuencia de una actuación amparada en una ley que no tiene como objetivo directo provocar dicho perjuicio por razones de utilidad pública o interés social, en cuyo caso estaríamos ante una verdadera expropiación, sino que la lesión es una secuela o consecuencia derivada, no querida ni perseguida directamente por el legislador. Para estos supuestos, en principio, y de acuerdo con el art. 139.3 LRJAP, no cabe reparación alguna salvo que la propia ley prevea expresamente lo contrario.

La impunidad del legislador a que puede conducir esta situación ha sido denunciada en numerosas ocasiones por la doctrina⁹ que se ha esforzado en aportar argumentos que consigan dar efectividad a la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

En esa línea, y sin perjuicio de reconocer las dificultades que en muchas ocasiones entraña la separación entre leyes materialmente expropiatorias y aquéllas otras que, sin pretenderlo directamente, producen un perjuicio especialmente intenso en los bienes o derechos de alguno o algunos administrados, la mayor parte de la doctrina se inclina por dar entrada al mecanismo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando, efectivamente, pueda constatarse la presencia de todos los elementos constitutivos de la misma.

La aludida dificultad para diferenciar a las leyes de contenido expropiatorio de aquéllas otras que no tienen tal objetivo, se puso de manifiesto en algunos polémicos pronunciamientos del TC relacionados con la anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos. En ese sentido, en SSTC como la de 26 de julio de 1986, 11 de junio y 16 de julio de 1987 o la de 19 de abril de 1988, el TC consideró, en contra de las pretensiones de los afectados, que las normas en virtud de las cuales se adelantaba la edad de jubilación no les privaban de ningún derecho, suponiendo únicamente una delimitación de su contenido que afecta a meras expectativas y no a derechos consoli-

⁹ GALLARDO CASTILLO, M.J.: “Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador” *RAP*, nº 133, 1994.

datos¹⁰. Se estima, por tanto, que no se trata de una operación materialmente expropiatoria, por lo que no existe vulneración del art. 33 CE, denegándose por ello el derecho a indemnización alguna.

No obstante lo anterior, ha de reconocerse la posibilidad de que dichas leyes, aun no teniendo carácter confiscatorio, provoquen un perjuicio especialmente intenso para un grupo de personas que resulte difícil de compatibilizar con otros preceptos constitucionales, tales como el art. 14 CE, en el que se recoge el principio de igualdad, o el art. 9.3 CE que, entre otros principios, consagra el de seguridad jurídica. Ha sido precisamente la seguridad jurídica, en la que tendría cabida el principio de confianza legítima al que reiteradamente alude tanto nuestro Tribunal Supremo como el Consejo de Estado español¹¹, el argumento que en varias ocasiones ha servido como fundamento para justificar la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

En efecto, la confianza legítima de los ciudadanos en la estabilidad del ordenamiento jurídico ha sido el argumento que ha motivado en algunos casos la estimación de las pretensiones de aquellos sujetos que se han visto perjudicados como consecuencia de la entrada en vigor de una norma que les causa un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Sin embargo, tal y como ha señalado el TS en sentencias como la de 13 de febrero de 1997, “el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente”, extremo que conllevaría una indeseable petrificación del ordenamiento jurídico. No parece que pueda dudarse, aun ante normas con un elevado grado de calidad técnica, que su adaptación a la realidad resulta indispensable, extremo que se hace especialmente patente en el ámbito tributario, donde la rápida evolución e innovación que caracteriza hoy a la economía obligan constantemente al legislador a dar respuesta a las nuevas situaciones con el afán de adaptar su sistema fiscal a dicha realidad. En estos casos parece que la modificación normativa provocada por la necesidad de adaptación a los cambios socioeconómicos sobrevenidos no debería afectar a la seguridad jurídica, sino que más bien deberían entenderse como una exigencia de la misma. Tal y como ha señalado el TC “el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y progreso”¹²

No obstante lo anterior, lo cierto es que la mutabilidad jurídica en general, y especialmente en el ámbito tributario, puede tener consecuencias indeseables, que necesariamente deben ser corregidas al amparo de la seguridad jurídica y la confianza legítima que debe asistir a los administrados. En ese sentido, la denunciada “incontinencia del legislador fiscal, que introduce sin interrupción modificaciones normativas”¹³, puede provocar cambios que, a nuestro juicio y por diversas razones, pueden vulnerar dichos principios.

En ese sentido, ha de repararse en la situación que provoca la excesiva proliferación de normas tributarias, teniendo como consecuencia más evidente la dificultad para el contribuyente de conocer en cada caso cuál es la norma aplicable, con la inse-

10 STC 26 de julio de 1986, 11 de junio, 16 de julio de 1987 y 19 de abril de 1988.

11 SUÁREZ GARCÍA, J.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: principios y procedimientos”, op. cit, p. 210.

12 STC 126/1987, de 16 de julio.

13 LASARTE ALVAREZ, J.: *El sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 17.

guridad que ello genera. Sin embargo, tal y como ha señalado la doctrina, en estos casos “sería ciertamente difícil que prosperase una declaración de inconstitucionalidad por violación del principio de seguridad jurídica a través de un conjunto disperso de normas por el hecho exclusivo de la dispersión, sin que pudiera apreciarse nota alguna de inconstitucionalidad de las diversas normas apreciadas individualmente. En suma, lo que puede ser objeto de declaración de inconstitucionalidad son leyes singulares o concretas disposiciones con fuerza de ley, pero no meras prácticas normativas por muy viciadas que resulten”¹⁴.

En segundo lugar, cabe apreciar cómo en muchas ocasiones la rapidez en la producción de normas fiscales trae como resultado la presencia de graves defectos de técnica jurídica que impiden a sus destinatarios conocer con claridad y sin ambigüedades sus derechos y obligaciones, adoptando así en consecuencia las medidas que estimen oportunas. En estos casos consideramos que sí puede cuestionarse la compatibilidad de la ley tributaria con los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos, reconocidos constitucionalmente, en virtud de los cuales las normas han de ser claras para que los ciudadanos sepan a que atenerse ante la misma. “En este orden de cosas no cabe subestimar la importancia que para la certeza del derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y aplicación de los tributos”¹⁵.

En tercer lugar, es necesario reparar también en aquellas leyes que, pese a redactarse de una manera clara y precisa, no dejando lugar a dudas sobre su contenido y consecuencias, vienen a modificar repentinamente una situación anterior creada también por una norma que ha servido de respaldo a la planificación económica de una serie de contribuyentes que ahora ven truncadas sus expectativas. En estos supuestos, y como consecuencia de una reforma legislativa, los afectados ven cómo determinadas situaciones en cuya permanencia confiaban legítimamente, se ven repentinamente alteradas.

En estos casos los principios de seguridad jurídica y confianza legítima han servido en múltiples ocasiones como fundamento para justificar la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, pretensión que ha sido atendida en varias ocasiones por nuestros tribunales. A la vista de la jurisprudencia existente al respecto, y aunque no es posible establecer un catálogo cerrado de supuestos en los que debe prosperar la acción de condena patrimonial al Estado legislador, se desprende que la violación de la confianza legítima de los ciudadanos se habrá producido cuando una norma jurídica establece una situación *ex novo* que sorprende las expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos en la conservación de una situación creada por una norma anterior que, repentinamente y sin la adopción de medida transitoria alguna, se modifica sorprendiendo a la persona o grupo de personas que experimentan un daño efectivo que no tienen la obligación jurídica de soportar.

En esa línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993, rompiendo con el criterio hasta entonces sustentado por ese mismo Tribunal, consideró que

14 GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 140, siguiendo a NOCILLA, D.: “Crisi delle legge e tecnica legislativa”, *Dir. Prat. Trib.* LXIII, Tomo I, 1992, p. 346.

15 SSTC 27/1981 y 150/90. Sobre esta cuestión vid. RODRÍGUEZ BEREIJO, “Jurisprudencia constitucional y principios de imposición”, en la obra colectiva *Garantías constitucionales del Contribuyente*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, pp. 138-140; GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, op. cit., pp. 110-121.

la supresión de unos beneficios fiscales a la empresa Pescanova como consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Europea ocasionaba un quebranto patrimonial que la empresa no tenía porqué soportar al producirse una vulneración del principio de confianza legítima. El Tribunal consideró que dichos beneficios constituían una lícita medida de fomento que había generado una legítima expectativa a que tal medida tuviera una cierta continuidad temporal, por lo que habría incentivado a los afectados a realizar importantes inversiones motivadas por la confianza en la que dichos beneficios perdurasen.

El mencionado principio de confianza legítima ha sido asumido de una manera clara también por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, permitiendo hacer valer ante los tribunales la responsabilidad del legislador por cambios normativos bruscos adoptados por sorpresa y sin medidas compensatorias o transitorias que equilibren los perjuicios sufridos¹⁶.

Ha sido precisamente ese Tribunal el encargado de elaborar la doctrina de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros cuando a la actuación de sus poderes públicos, incluido el poder legislativo, se debe la infracción de las normas de Derecho Comunitario.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMUNITARIO.

1. Ideas previas.

Siguiendo la opinión del TJCE, el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario genera también derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico, derechos que se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias¹⁷.

Así pues, la pertenencia de un Estado a las Comunidades Europeas provoca la coexistencia de los ordenamientos jurídicos internos y el comunitario, situación que genera una frecuente relación entre la norma comunitaria y la nacional condicionada por una serie de reglas tales como la autonomía, la eficacia o aplicación directa y la primacía del Derecho comunitario. Este último principio, sustentado en extremos tales como la naturaleza y características específicas de las CE, el carácter obligatorio de las normas comunitarias de Derecho derivado, o el compromiso de cooperación leal en el cumplimiento de los tratados y del Derecho derivado, ha llevado a afirmar al TJCE que la primacía es “la regla fundamental para la existencia de la Comunidad”¹⁸.

16 GARCÍA MACHO, R.: “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudios sistemáticos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en la obra colectiva *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 453-466.

17 Vid. Sentencias de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. P. 3 y de 15 de julio de 1964, *Costa*, 6/64, Rec. P. 1141.

18 MANGAS MARTÍN y LIÑAN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 423-424.

En este contexto se ha desarrollado una línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia en la cual se abunda en la idea de que a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar en el marco de sus competencias las disposiciones de Derecho Comunitario, incumbe la obligación de garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares¹⁹.

En opinión del Tribunal, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro.

La obligación de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a que cada Estado miembro adopte una determinada actuación, por ejemplo, que ejecute o transponga una norma determinada, y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal actuación, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario.

De todo ello extrae el TJCE la relevante conclusión de 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 el sistema del Tratado”²⁰.

Pero la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños tiene apoyo también en el art. 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.

En definitiva, de todo lo expuesto resulta que para el TJCE “el Derecho comunitario impone el principio general de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de Derecho comunitario que les sean imputables”²¹.

2. Especial referencia al Estado legislador.

Para analizar esta cuestión es ilustrativo traer a colación los hechos que suscitaron el primer pronunciamiento del TJCE claro y contundente al respecto. Se trata de los Asuntos 46 y 48/93, resueltos en la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur*.

En el primero de ellos una sociedad francesa con domicilio en Alsacia, se vio obligada, a finales de 1981, a interrumpir sus exportaciones de cerveza a Alemania debido a que las autoridades alemanas consideraban que la cerveza fabricada por dicha sociedad no era conforme a los artículos 9 y 10 de la *Biersteuergesetz* de 14 de marzo de 1952 (Ley del Impuesto sobre la Cerveza).

19 Vid. Sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. P. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, *Factortame*, C-213/89, Rec.p. 1-2433, apartado 19).

20 Sentencias del TJCC de 14 de noviembre de 1991, *Francovich*, asuntos acumulados C-232 y 233/91, Rec. P. I-5357 ss, y de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur*, asuntos acumulados, C-46 y 48/93, Rec.p.I-1029).

21 Vid. Sentencias *Francovich* y *Brasserie du Pêcheur*, ya citadas. Desde otro ángulo, el Abogado General, Sr. Tesouro, en el asunto *Brasserie du Pêcheur* hace un razonamiento similar señalando que “anular el acto contrario a Derecho o no aplicar la ley incompatible con un parámetro superior de legalidad es necesario en un Estado de Derecho. A veces, sin embargo, esto no es suficiente para hacer real y efectiva la tutela, y puede resultar necesario también reequilibrar el contenido patrimonial del derecho lesionado y, por tanto, garantizar el resarcimiento del daño”.

Pues bien, por entender que los citados preceptos infringían el art. 30 del Tratado CEE, la Comisión inició un procedimiento por incumplimiento en contra de la República Federal de Alemania que se refería tanto a la prohibición de comercializar bajo la denominación de “Bier” cerveza legalmente fabricada en otros Estados miembros según métodos distintos como a la prohibición de importar cerveza que contuviera aditivos. En su sentencia de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania (178/84, Rec.p.1227), el TJCE declaró incompatible con el art. 30 del Tratado la prohibición de comercializar cerveza que no se ajustaba a los referidos preceptos de la legislación alemana, importadas de otros Estados miembros.

En el segundo de los asuntos citados, el C-48/93, la entidad *Factortame*, por su parte, entabló un procedimiento ante la High Court of Justice, Queen’s Bench Division, en el que se impugnaba la compatibilidad de la Parte II de la Merchant Shipping Act 1988 con el Derecho comunitario y, especialmente, con el art. 52 del Tratado CEE. La referida Ley establecía la creación de un nuevo registro de buques de pesca británicos y supeditaba, a partir de ese momento, la matriculación de estos últimos, incluidos los ya matriculados en un registro antiguo, a determinados requisitos de nacionalidad, de residencia y de domicilio de los propietarios. A los barcos de pesca que no pudieran matricularse en el nuevo registro se les privaba del derecho a faenar.

En respuesta a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional que conocía del asunto, el Tribunal de Justicia, en la Sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame* y otros, “*Factortame II*” (C-221-89, Rec.p. I-3905), declaró que el Derecho comunitario se oponía a requisitos de nacionalidad, de residencia y de domicilio de los propietarios, fletadores, armadores de buques de pesca como los establecidos por el sistema de matriculación creado en el Reino Unido, pero que, en cambio, no se oponía a que se exigiera como requisito de matriculación, que el buque fuera explotado y sus actividades dirigidas y controladas desde el territorio del Reino Unido.

El 4 de agosto de 1989 la Comisión había interpuesto un recurso por incumplimiento contra el Reino Unido. Paralelamente había presentado una demanda de medidas provisionales destinada a que se suspendiera la aplicación de los requisitos de nacionalidad antes citados por ser contrarios a los arts. 7, 52 y 221 del Tratado CEE. Mediante auto de 10 de octubre de 1989, el Presidente del Tribunal de Justicia acordó la adopción de las medidas provisionales solicitadas. En cumplimiento del referido auto el Reino Unido adoptó disposiciones por las que se modificaba el nuevo sistema de matriculación con efectos a partir del 2 de noviembre de 1989. Mediante Sentencia de 4 de octubre de 1991, Comisión/Reino Unido (C-246/89, Rec.p. I-4585), El TJCE confirmó que los requisitos de matriculación controvertidos en el recurso por incumplimiento eran contrarios al Derecho comunitario.

Mediante la primera cuestión prejudicial planteada, ambos órganos jurisdiccionales nacionales desean fundamentalmente saber si el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a indemnizar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional. Se centra la cuestión, por tanto, en la responsabilidad del Estado legislador, en este caso por incumplimiento del Derecho comunitario.

Pues bien, a pesar de que en la Sentencia *Francovich* el Tribunal de Justicia ya declaró que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, los Gobiernos alemán, irlandés y neerlandés sostuvieron que la obligación de los Estados miembros de indemnizar los daños causados a los particulares sólo se impone en el caso de violación de disposiciones que no sean directamente aplicables. Opinan que, en la sentencia *Francovich*, el TJCE quiso

simplemente colmar una laguna del sistema de garantía de los derechos de los particulares. En la medida en que en Derecho nacional se les reconoce legitimación activa para hacer valer los derechos que se deducen de disposiciones de Derecho comunitario directamente aplicables, no es necesario concederles, además, un derecho de indemnización basado directamente en el Derecho comunitario en caso de infracción de tales disposiciones.

A este respecto, el TJCE afirma categóricamente que tal argumentación no es de recibo. En efecto, es jurisprudencia reiterada que la facultad que tienen los justiciables de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones directamente aplicables del Tratado sólo constituye una garantía mínima y no basta para asegurar por sí sola la aplicación plena y completa del Tratado²². Destinada a hacer prevalecer la aplicación de disposiciones de Derecho comunitario frente a disposiciones nacionales, esta facultad no puede, en todos los casos, garantizar al particular el disfrute de los derechos que le confiere el Derecho comunitario y, en especial, evitar que sufra un perjuicio por una violación de este Derecho imputable a un Estado miembro. Pues bien, como se deduce de la doctrina sentada por la Sentencia *Francovich*, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que se reconocerán se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario.

Así sucede cuando un particular, víctima de la no adaptación del Derecho interno a una Directiva y que no tiene la posibilidad de invocar directamente determinadas disposiciones de ésta ante el órgano jurisdiccional nacional debido a su carácter insuficientemente preciso e incondicional, inicia un procedimiento reclamando la responsabilidad del Estado que haya incumplido sus obligaciones por infracción del párrafo tercero del art. 189 de l Tratado. Cuando se dan esas circunstancias, que precisamente concurrían en el citado asunto, la reparación tiene por objeto eliminar las consecuencias perjudiciales para los beneficiarios de una Directiva, derivadas de la no adaptación del Derecho interno a la misma por parte de un Estado miembro.

Así sucede también en el caso de lesión de un derecho directamente conferido por una norma comunitaria que los justiciables tienen precisamente derecho a invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En este supuesto afirma el TJCE que “el derecho a reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado”.

Partiendo de la afirmación hecha en la Sentencia *Francovich* de 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”, da un paso más en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur*, al afirmar que “tal principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cual sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento”.

Además, concluye el Tribunal –y con ello también sube un eslabón más en la depuración de su teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-, habida cuenta de la exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que constituye la aplicación uniforme del Derecho comunitario²³, “la obligación de reparar los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario no puede depender de

22 Vid. En particular, las Sentencias de 5 de octubre de 1986, Comisión /Italia, 168/85, Rec.p.2945; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-120/88, Re4c, p. I-621.

23 Vid, en particular, la Sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrid Suderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, Rec.p.I-415, apartado 26.

las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales”. No hay posibilidad, en definitiva, de que el Estado legislador quede inmune en cuanto a los daños y perjuicios que su actividad cause a los ciudadanos como consecuencia del sistema interno de articulación de los poderes de cada Estado.

A este respecto es interesante recoger el argumento que utiliza el Abogado General en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur*, Sr. Tesauero, en el punto 38 de sus conclusiones, para fortalecer la tesis de que ninguno de los poderes del Estado, por imperativo de la Ley o de la estructura de cada Estado miembro, puede quedar libre del deber de reparar los daños ocasionados a los particulares. Arguye aquél que “en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares”.

Además, el hecho de que el incumplimiento reprochado sean, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y, en particular, el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Y también el Abogado General, Sr. Mischo, en el asunto *Francovich*, señaló que “Un Estado miembro no puede oponer al ejercicio de una acción de responsabilidad contra el Estado, basada en la vulneración de un ordenamiento directamente conferido por el Derecho comunitario, la consideración de que su ordenamiento jurídico nacional conoce el principio de la no responsabilidad de los poderes públicos y, en particular, del poder legislativo”, de modo que “desde el momento en que existe el tipo de acción de responsabilidad, un Estado miembro ya no puede alegar la condición de aquél cuya responsabilidad está supuestamente comprometida para privar a los particulares de su derecho y poner además en tela de juicio la eficacia del Derecho comunitario”.

III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA EXIGIBILIDAD DE RESPONSABILIDAD A LOS ESTADOS MIEMBROS POR VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA.

Para analizar los requisitos que será necesario verificar en orden a exigir la responsabilidad patrimonial al Estado miembro de que se trate por haber vulnerado la normativa comunitaria, ha de establecerse una primera diferenciación distinguiendo aquellos supuestos en los que los daños causados a los particulares derivan de la falta de adaptación del Derecho nacional a la norma comunitaria, de aquellos otros casos en los que el daño se genera como consecuencia de una inadecuada aplicación de la normativa comunitaria.

1. Falta de adaptación del Derecho Nacional a la norma comunitaria.

La falta de adecuación de la normativa interna al Derecho comunitario puede producirse, bien porque exista una norma interna anterior a la comunitaria e incompatible con ésta que el Estado miembro continúe aplicando -aun sabiendo que, como ha

señalado el TJCE, en esos casos la norma comunitaria “hace inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional”²⁴; bien porque, aun existiendo una norma comunitaria, el legislador nacional aprueba posteriormente una ley cuyo contenido es incompatible con el de aquella, a pesar de que en ese caso el TJCE ha señalado expresamente que la vigencia de la norma comunitaria “impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con la normativa comunitaria”²⁵; o bien porque, simplemente, el Estado miembro de que se trate deja de aplicar la norma comunitaria eludiendo su obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para conseguir el resultado prescrito por la norma comunitaria.

En cualquiera de esos supuestos lo que se produce es una falta de adaptación del Derecho interno al comunitario, extremo que puede ocasionar daños a los particulares cuya reparación debe correr a cargo de los Estados miembros cuando, como ha señalado el TJCE, concurren los requisitos necesarios para ello.

Una primera aproximación a los hechos del asunto *Francovich* nos ayudarán a comprender mejor el tenor del primer pronunciamiento del TJCE en torno a la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros.

La Directiva 80/987 pretendió desde su nacimiento garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario. A este respecto, estableció una serie de disposiciones a fin de garantizar el pago de aquellas retribuciones que la insolvencia del empresario dejase pendientes. Pues bien, según su art. 11, los Estados miembros deberían establecer las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adecuarse a la Directiva en un plazo que expiró el 23 de octubre de 1983. Como la República Italiana no cumplió dicha obligación, el Tribunal de Justicia declaró su incumplimiento mediante sentencia de 2 de febrero de 1989, *Comisión/Italia* (22/87, Rec.p.143).

El órgano jurisdiccional italiano, al preguntar al Tribunal de Justicia comunitario si un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resulten para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la citada Directiva, planteó frontalmente, por vía de cuestión prejudicial, el problema de la existencia y del alcance de una responsabilidad del Estado por los daños resultantes del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Comunitario.

En la Sentencia de 14 de noviembre de 1991, *Francovich*, el TJCE señaló que cuando, como ocurrió en el citado asunto, un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del art. 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos:

- el primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares.
- el segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva.

24 Vid. Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77, Rec.p.I-269.

25 Vid. Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77, Rec.p.I-269. El inciso de la Sentencia arriba señalado ha sido criticado al considerarse que el Tribunal se excedió al entrar a juzgar la competencia del poder legislativo interno. Sin embargo, lo cierto es que en estos supuestos, tal y como aclara el TJCE, el juez nacional debe inaplicar dicha norma nacional sin tener que esperar para ello a que la misma sea eliminada por vía legislativa o jurisdiccional.

- Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas”, relación que debe ser comprobada por los órganos jurisdiccionales nacionales²⁶.

Estos requisitos son suficientes para generar, a favor de los particulares, enfatizó el TJCE, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario.

En opinión de ALONSO GARCÍA²⁷, el TJCE consagró en esta Sentencia un sistema de responsabilidad de corte objetivo, que entraría en juego como consecuencia de la mera infracción del derecho comunitario y que, además, alcanzaría en principio por igual a todas las autoridades públicas internas que gozaran de poder normativo, lo que implicaría la imposibilidad de traer a colación, a efectos de eximir de responsabilidad por el incumplimiento del Derecho comunitario, los posibles límites a la responsabilidad del legislador nacional presentes en los ordenamientos de los Estados miembros.

Es más, con tal relación de requisitos, el Tribunal establece un nivel de mínimos. Después de subrayar que los citados requisitos (que una norma comunitaria conceda derechos a favor de los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y, en tercer lugar, que haya una relación de causa a efecto entre el incumplimiento del Derecho comunitario y el daño causado al particular) son suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, añade –y aquí reside la referencia del TJCE a los mínimos–, que tal derecho no excluye, sin embargo, “que, con arreglo al nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos”²⁸.

Quedan claros, por tanto, en esta primera aproximación, estos dos extremos: 1. Que tras la Sentencia Francovich el Tribunal comunitario se inclina por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa en los casos en los que no haya habido adaptación de la normativa interna a la comunitaria; y 2º, que el cuadro de requisitos enunciados –de necesaria concurrencia– para que nazca un deber de reparación íntegra a favor del ciudadano, es un cuadro de mínimos, pudiendo generarse la responsabilidad patrimonial del Estado “en virtud de requisitos menos restrictivos”.

2. Inadecuada aplicación de la normativa comunitaria

Tal y como se ha señalado anteriormente, la infracción del Derecho comunitario puede derivarse, no de su inejecución, sino de una ejecución incorrecta que, como tal, cause daños y perjuicios para los ciudadanos en la medida en que la incorrección se traduce en la negación de derechos subjetivos para aquéllos.

Pues bien, en estos casos la tesis de la responsabilidad objetiva va perdiendo terreno a favor de una posición que exige, para decretar la condena patrimonial al Estado, ponderar una serie de circunstancias de cada caso concreto. En tal caso se exige

²⁶ A este respecto señala el TJCE (Sentencia de 8 de octubre de 1995, *Dillenkofer*, C-178/94, 179/94, 188/94 y 190/94, Rec.p. I-4845), que el interesado podría perder su derecho a la íntegra reparación de los daños y perjuicios sufridos cuando medie prueba de que no actuó “con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia” y abunda en la tesis de que “la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr riesgo de tener que soportar el daño ella sola” (STJC *Mulder/Consejo y Comisión*).

²⁷ ALONSO GARCÍA: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1997, p. 22.

²⁸ STJCE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur*.

aplicar lo que ALONSO GARCÍA ha denominado “violación suficientemente caracterizada”.

En la sentencia *Brasserie du Pêcheur*, afirma el Tribunal que la infracción se considera suficientemente caracterizada cuando la inobservancia del Derecho comunitario pueda considerarse grave y manifiesta.

Y es en este punto en el que el TJCE hace unos matices de gran alcance. Señala como elementos que el órgano jurisdiccional competente debe ponderar a efectos de determinar si la violación está suficientemente caracterizada los siguientes:

- el grado de claridad y 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 el mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

Cuando un Estado miembro actúa en un ámbito en el que dispone de una facultad de apreciación amplia, comparable a aquella de la que disponen las Instituciones comunitarias para la aplicación de las políticas comunitarias, los requisitos para que incurra en responsabilidad deben ser, en principio, los mismos de los que depende la responsabilidad de la Comunidad en una situación comparable, o sea, que sólo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades²⁹.

En segundo lugar, y con ello el TJCE hace una nueva y valiosa aportación al respecto, dice aquél que “una violación de Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado 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 controvertido”. Así, el TJCE tuvo muy en cuenta en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur*, que el Reino Unido no adoptó inmediatamente las medidas necesarias para dar cumplimiento al auto del Presidente del

²⁹ Sentencia de 25 de mayo de 1978, HLN/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec.p. 1209, apartados 5 y 6). En el procedimiento principal que ha dado lugar al asunto c-46/93 (STJCE citada, *Brasserie du Pêcheur*), el legislador alemán había legislado en el ámbito de productos alimenticios, especialmente en el de la cerveza. A falta de armonización comunitaria, el legislador nacional disponía en ese ámbito de una facultad de apreciación amplia para adoptar una normativa relativa a la calidad de la cerveza comercializada. Por otra parte, en lo que respecta a los hechos que dieron lugar al asunto C-48/93 (de la misma sentencia), el legislador del Reino Unido también disponía de una facultad de apreciación amplia. En efecto, la legislación controvertida se refería, por una parte, al registro de buques, ámbito que, habida cuenta del estado de desarrollo del Derecho comunitario, es competencia de los Estados miembros y, por otra parte, a la normativa de las actividades de pesca, sector en el que la aplicación de la política comunitaria deja cierto margen de apreciación a los estados miembros.

Por tanto, en los dos procedimientos principales, los legisladores alemán y del Reino Unido estaban ante situaciones que implicaban opciones comparables a las efectuadas por las Instituciones comunitarias al adoptar actos normativos encuadrados dentro de una política comunitaria y, por tanto, en los que los Estados miembros disponían de un amplio margen de maniobra.

Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1989, Comisión/Reino Unido, lo que incrementó innecesariamente los daños sufridos por la empresa demandante. Este hecho, expresamente rechazado por el Gobierno del Reino Unido en la vista, para el TJCE obliga a que sea considerado por el órgano jurisdiccional nacional como constitutivo por sí sólo de una violación manifiesta y, por tanto, suficientemente caracterizada, del Derecho comunitario³⁰.

Por su parte, en el caso resuelto en la Sentencia de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*, (C-392/93, Rec.p.I-1631), sostiene el Tribunal que procede señalar que el precepto que suscitó la controversia es impreciso y admitía razonablemente, además de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en la presente sentencia, la interpretación que dio, de buena fe, el Reino Unido, basándose en argumentos no carentes en absoluto de pertinencia y que compartidos por otros Estados miembros, motivo que le llevó a considerar que tal interpretación no era manifiestamente contraria al texto de la Directiva ni al objetivo perseguido por ésta.

En tales circunstancias, concluye el TJCE, el hecho de que, al adaptar su Derecho interno a la Directiva, un Estado miembro infrinja una determinada disposición, no puede considerarse como una violación suficientemente caracterizada.

IV. LAS “FORMAS PROCESALES” DE REALIZAR EL DERECHO A LA REPARACIÓN PATRIMONIAL.

Sobre la base de cuanto se ha señalado, el TJCE considera que el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de normativa comunitaria al respecto, 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 comunitario³¹.

A pesar de que el TJCE asigna al ordenamiento de cada Estado miembro las “formas procesales” de darle vida al derecho a la reparación patrimonial de los daños y perjuicios causados, introduce dos mensajes en el apartado 43 de la citada Sentencia *Franovich* de una gran trascendencia:

- a) Por una parte, señala 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 (principio de equivalencia o no discriminación); y

30 Asimismo, el TJCE formuló varias consideraciones respecto a la normativa nacional británica, en la citada Sentencia *Brasserie du Pêcheur*. Para apreciar si la violación cometida por el Reino Unido era suficientemente caracterizada, el órgano jurisdiccional nacional podría tener en cuenta, entre otros aspectos, lo siguientes:

- a) las controversias jurídicas derivadas de las particularidades de la política común de la pesca;
- b) la actitud de la Comisión, que dio a conocer su posición al Reino Unido a su debido tiempo; y
- c) las apreciaciones sobre el estado de certeza del Derecho comunitario emitidas por los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de los procedimientos de medidas cautelares instados por los particulares afectados por la aplicación de la *Merchant Shipping Act*.

31 Vid. 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).

- b) Por otra, que tales condiciones de fondo y de forma no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización³² (principio de efectividad).

A este respecto, como el propio Tribunal adivinó, las restricciones que existen en los ordenamientos jurídicos internos en materia de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos derivada del ejercicio de la función legislativa puedan hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio por los particulares del derecho a indemnización, tal y como está garantizado por el Derecho comunitario, por daños resultantes de la violación de este último.

Al respecto señala el TJCE que, aunque la imposición de tales restricciones pueda resultar conforme con la exigencia de no fijar condiciones menos favorables que las que se refieran a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, o sea, aunque se evite una de las manifestaciones del principio de no discriminación, es preciso examinar una segunda cuestión: la de si tales restricciones pueden llegar a hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la obtención de la reparación.

Pues bien, el requisito impuesto por el Derecho alemán en caso de infracción, por parte de una ley, de disposiciones nacionales de rango superior que supediten la reparación al hecho de que el acto u omisión del legislador se refiera a una situación individual, haría prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación efectiva de los daños que resultaran de la violación del Derecho comunitario, dado que las tareas que incumben al legislador nacional afectan, en principio, a la colectividad, y no a ninguna persona o grupo de personas consideradas individualmente. En la medida en que semejante requisito obstaculiza la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de garantizar la eficacia plena del Derecho comunitario y de proporcionar una tutela efectiva de los derechos de los particulares, es rechazado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario imputable al legislador nacional.

Del mismo modo, el eventual requisito que impone, en principio, el Derecho inglés en el caso *Brasserie du Pêcheur* para que los poderes públicos puedan incurrir en responsabilidad, consistente en aportar la prueba de un abuso de poder en el ejercicio de una función pública, abuso que es inconcebible cuando se trata del legislador, el TJCE no duda en sostener que tal exigencia “también puede hacer prácticamente imposible la obtención de la reparación de los daños resultantes de la violación del Derecho comunitario”, y en tal caso sería contraria a éste.

Habrà que examinar pues, en cada caso, cuáles son las vías establecidas en los ordenamientos nacionales para proceder a la reparación en el supuesto de vulneración del Derecho comunitario, analizando la adecuación de las mismas tanto al principio de equivalencia o no discriminación como al de efectividad.

32 Vid. en lo que respecta a la materia análoga del reembolso de gravámenes percibidos en contra de los dispuesto por el Derecho comunitario, especialmente la sentencia de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec.p.3595.