

EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS DERIVADOS DEL DERECHO COMUNITARIO. EVOLUCION Y ALCANCE

Por JOSE M.^a FERNANDEZ MARTIN (*)

La más reciente línea jurisprudencial del TJCE acerca de la protección por los jueces nacionales de los derechos subjetivos de origen comunitario ha supuesto un importante salto cualitativo en las garantías exigidas de los ordenamientos jurídicos internos. El presente artículo aborda, dentro de la especificidad normativa del ordenamiento jurídico comunitario, por un lado, el análisis sistemático del desarrollo jurisprudencial del principio de tutela judicial efectiva y sus relaciones con el principio general de eficacia del Derecho Comunitario y, por otro, la discusión de sus posibles consecuencias prácticas en los ordenamientos jurídicos nacionales.

1. LA ESTRUCTURA «SUPRANACIONAL» DEL SISTEMA JURÍDICO COMUNITARIO: LOS LÍMITES A LA ACCIÓN ESTATAL

La estructura jurídico, político e institucional sobre la que se edifica el edificio comunitario goza de ciertos rasgos originales que la diferencian, bajo el concepto de sistema «supranacional», tanto de las organizaciones intergubernamentales clásicas como de los sistemas políticos fede-

(*) Universidad de Cádiz.

rales o confederados (1). Las relaciones de integración entre ambos niveles jurídicos y entidades políticas se articulan en base a varios principios, de creación jurisprudencial su mayoría, que han contribuido a la consolidación en el tiempo del proyecto de integración comunitario. El principio axiomático, previo a cualquier otra consideración, es que la Comunidad Europea es una «Comunidad de Derecho». Si bien el TJCE lo ha declarado así explícitamente (2), tal afirmación no deja de ser tautológica. Visto el contexto jurídico y político en el que tiene su origen y se desarrolla, la sujeción de la Comunidad a los imperativos del Estado de Derecho constituye un elemento perentorio del sistema (3). Ello implica, en un análisis formal, que la resolución de cualquier conflicto jurídico, normativo o institucional está regulada por el Derecho Comunitario, cuyo texto constitucional son los Tratados tal y como han sido interpretados por el TJCE (4).

(1) Sobre diferentes perspectivas acerca de las características supranacionales del sistema comunitario, su evolución y su impacto en la limitación recíproca de las posibilidades de acción jurídica y política tanto de la Comunidad como de los Estados miembros, *vid.* WEILER: «The Community system: the dual character of supranationalism» (1981), 1 *YEL* 267; DEHOUSSE: «1992 and beyond: the institutional dimension of the internal market programme» (1989), *LIEI* 109; STREECK & SCHMITTER: «From national corporatism to transnational pluralism: organized interests in the Single European Market» (1991), 19 *Politics & Society* 133 (estos artículos están recogidos igualmente en SNYDER (ed.): *European Community Law*, I, Aldershot 1993, págs. 161 ss. y 447 ss. respectivamente).

(2) *Vid.* As. 294/83, *Partie écologiste "Les Verts" v. Parlement Européen*, Rep. 1986, 1339, y el Dictamen 1/91, donde el TJCE más abiertamente declaró que «... el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho», Rep. 1991-I, 6079, pág. 6102. Para un tratamiento general de este tema, *vid.* HARTLEY: *The Legal Foundations of European Community Law*, 2nd ed., Oxford 1988, págs. 327 y ss.

(3) En palabras del abogado general Darmon, «la Comunidad Europea, constituida por Estados de Derecho, es necesariamente una Comunidad de Derecho. Tanto su creación como funcionamiento o, dicho de otra manera, el pacto comunitario, radican en que todos los Estados miembros respeten por igual el ordenamiento jurídico comunitario». Conclusiones As. 222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rep. 1986, 1651, pág. 1656.

(4) Es ciertamente discutible si la Comunidad reúne todos los elementos para encuadrarse sin objeciones en el concepto de Estado de Derecho (*vid.* sobre el concepto en general ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8.ª ed. revisada, Madrid, 1981, en especial págs. 31 y ss.). La no existencia de una declaración formal de derechos fundamentales en los textos constitutivos de la CE —la mención en el artículo F del Tratado de la Unión parece más bien cosmética al

La coexistencia en esta «Comunidad de Derecho» de dos niveles normativos, el nacional y el supranacional, no obsta para que el sistema jurídico comunitario se conciba como un ordenamiento unitario que integra y se superpone a los ordenamientos jurídicos nacionales en aquellas áreas donde el Derecho Comunitario tiene competencias reguladoras. La interacción de ambos niveles normativos se articula en base a dos principios fundamentales: los principios de supremacía y de efecto directo del Derecho comunitario (5). En el plano institucional, estos principios normativos se complementan con un principio organizativo que refleja las peculiaridades de la estructura dual de la Comunidad, el llamado principio de autonomía institucional. Con ciertas excepciones, la entidad supranacional no cuenta con órganos de tipo federal para la aplicación y ejecución directa de las normas jurídicas que engendra. El principio de autonomía institucional implica que mientras que el proceso «legislativo» tiene lugar en su totalidad a través de instituciones comunitarias formalmente independientes y cauces decisionales autónomos, la aplicación y ejecución de las normas comunitarias recae sobre los órganos nacionales, administrativos y judiciales (6). Lógicamente, este principio organizativo o estructural tiene

quedar excluida del control judicial— impide, para algunos autores en una interpretación estricta del término, que tal sea el caso (*vid.* DÍEZ-PICAZO: «¿Una Constitución sin declaración de derechos?», 32 *Revista Española de Derecho Constitucional* 135, e ÍDEM: «Reflexiones sobre la idea de Constitución europea» (1993), 20 *RIE* 533; CURTIN: «The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces» (1993), 30 *CMLRev.* 17). No pretendemos entrar a discutir este punto con profundidad. Sin ignorar que el tema es debatible, para nuestros propósitos, y entendemos que para el TJCE igualmente, la expresión Comunidad de Derecho hay que entenderla en términos formales, esto es, como una Comunidad regida por el Derecho y donde todos los actos normativos están sujetos al control judicial en base a los Tratados constitutivos, que actúan formalmente como marco constitucional. Como corolario de esta interpretación más limitada, y por ende reduccionista, Estado o Comunidad de Derecho implica la necesidad de proveer mecanismos de tutela judicial efectiva para los derechos que se originan en ese mismo ordenamiento.

(5) Dictamen 1/91: «Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos», Rep. 1991-I 6079, pág. 6102.

(6) Tal y como el TJCE ha subrayado, «de acuerdo con el principio general sobre el que el sistema institucional de la Comunidad está basado y que regula las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros, corresponde a los Estados miembros, en virtud del artículo 5 del Tratado, el asegurar que los Reglamentos comunitarios son aplicados dentro de su ámbito territorial. En la medida en que el

naturaleza jurídica en el sentido que tiene efectos vinculantes y sus violaciones son justiciables en sede jurisdiccional.

2. EL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LAS NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO

2.1. *Los límites a la autonomía institucional. El principio de eficacia y su base jurídica*

Como los conceptos mismos de sistema y ordenamiento presuponen, los principios normativos y estructurales interactúan, limitándose y complementándose recíprocamente de manera sistemática (7). Ello se pone especialmente de manifiesto en relación con el principio de autonomía institucional. La discreción atribuida a los Estados a la hora de proceder a la aplicación y ejecución del Derecho Comunitario en base a su autonomía institucional queda limitada por la necesidad de salvaguardar la eficacia práctica de los principios normativos arriba enunciados (8). La juridificación de estos límites a la discreción «institucional» de los Estados miembros ha tenido lugar a través de la jurisprudencia del TJCE que ha

Derecho Comunitario, incluidos sus principios generales, no establezca reglas comunes en este sentido, las autoridades nacionales actúan de acuerdo con las normas sustantivas y procesales de su propio derecho interno a la hora de aplicar los reglamentos comunitarios» (traducción libre), Asuntos acumulados 205-215/82, *Deutsche MilchKontor GmbH v. Germany*, Rep. 1983, 2633, págs. 2665-67. Una definición académica del principio se puede ver en RIDEAU: «Le rôle des Etats membres dans l'application du Droit Communautaire» (1972), 18 *Annuaire Français de Droit International*, 864, en pág. 885. Igualmente, PESCATORE: *The Law of Integration*, Leiden, 1973, págs. 45 y ss.

(7) BEBR: «Remedies for Breach of Community law», en (1980) *FIDE Reports*, London, 1980; BRIDGE: «Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of the Member States» (1984), 9 *ELRev* 28; MERTENS DE WILMARS: «L'efficacité des différents techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers» (1981), 17 *CDE* 379.

(8) Como bien remarca Pescatore, ambos sistemas jurídicos interactúan y en aquellas áreas donde la Comunidad tiene atribuidas competencias objetivas reguladoras, «the State assumes the function of the executive arm of the Community: if it sought at this stage to exercise its discretion, such rearguard would bring it into conflict with the imperatives of Community law». PESCATORE, *op. cit.*, pág. 45.

consagrado el «principio de eficacia» del Derecho Comunitario. Su base jurídica positiva ha sido destilada del artículo 5 CE (9) y como límite al principio de autonomía institucional se materializa en la obligación que pesa sobre las instancias nacionales de asegurar la plena eficacia de las normas comunitarias.

2.2. El desarrollo jurisprudencial

El TJCE ha evitado la definición dogmática del principio de eficacia, limitándose a una aplicación puntual a las circunstancias de cada caso. Parece sin embargo que es la sentencia *Simmenthal* donde el TJCE estableció su esencia al señalar que (10):

«... [E]s incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho Comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho Comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias» (11) (*la cursiva es nuestra*).

(9) Para una exhaustiva discusión doctrinal del artículo 5 EEC y las obligaciones que de él se derivan, *vid.* TEMPLE-LANG: «Community constitutional law. Article 5 EEC Treaty» (1990), 27 *CMLRev*, págs. 645 y ss.; CONSTANTINESCO: «L'article 5 CEE: de la bonne foi à la loyauté communautaire», en CAPOTORTI & others (eds.): *Du Droit International au Droit de l'Intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, págs. 97 y ss.

(10) No en vano esta sentencia fue la utilizada por el TJCE como precedente judicial relevante cuando procedió a la aplicación más extrema del principio de eficacia en las sentencias *Factortame I* (As. C-213/89, *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame-I*, Rep. 1990, I-2433), y *Francovich y Bonifaci* (asuntos acumulados C-6 & 9/90, *Francovich & others c. Italia*, Rep. 1992, I-5357), analizadas *infra*.

(11) Traducción libre. As. 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, Rep. 1978, 629, pág. 644. *Vid.* igualmente las Conclusiones del abogado general Reischl en asuntos acumulados 66, 127 & 128/79, *Amministrazione delle Finanze v. Srl Meridionale Industria Salumi*, Rep. 1980, 1237, pág. 1271.

Son muchos los ámbitos en los que el TJCE ha recurrido a la aplicación del principio de eficacia. Sin ánimo de exhaustividad, encontramos ejemplos en la jurisprudencia relativa a la transposición y aplicación del Derecho Comunitario por los Estados miembros, en especial en el caso de las directivas (12); en la referida a la obligación de no interferir con la operación de las normas de Derecho Comunitario y evitar todas aquellas medidas que pudieran entrar en conflicto con la eficacia práctica del Derecho Comunitario en casos concretos (13); en las doctrinas del efecto directo e indirecto que responden, inicialmente, a la preocupación por asegurar «la eficacia» de los derechos subjetivos derivados del ordenamiento jurídico comunitario (14); o en la controvertida jurisprudencia relativa a la aplicación a los poderes públicos del derecho comunitario de la competencia que, con el fin de asegurar su plena eficacia, y en ciertas circunstancias, puede limitar la libertad legislativa de los Estados miembros (15).

De toda esta jurisprudencia se deduce que el principio de autonomía institucional que gobierna la «delicada relación simbiótica» entre las instituciones nacionales y supranacionales está limitado y sometido a las

(12) El TJCE ha declarado que éstos han de elegir, entre los diferentes medios y formas de transposición posibles, aquellos que garanticen *la plena eficacia* del Derecho comunitario, y, además, que las alegaciones referidas a dificultades de carácter interno, de cualquier naturaleza que sean, no son admisibles para justificar el incumplimiento de las obligaciones de origen supranacional. *Vid. inter alia* As. 52/75, *Comisión c. Italia*, Rep. 1976, 277; As. 20/72, *Comisión c. Italia*, Rep. 1973, 161, pág. 172; As. 14/83, *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Rep. 1984, 1891, pág. 1906; As. 48/75, *Bélgica c. Royer*, Rep. 1976, 497.

(13) En palabras del propio TJCE, «la aplicación del derecho nacional no debe afectar negativamente u obstaculizar la eficacia del Derecho Comunitario» (traducción libre). As. 54/81, *Fromme v. BALM*, Rep. 1982, 1449, cdos. 6-7. Un análisis sistemático de la exigencia de «eficacia» se puede ver en las Conclusiones del abogado general Verloren van Themaat en el mismo asunto, pág. 1470. *Vid.* igualmente TEMPLE-LANG, *loc. cit.*, pág. 459, y la extensa jurisprudencia citada por el autor.

(14) As. 26/62, *Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Rep. 1963, 1. La aplicación más avanzada de esta doctrina ha tenido lugar igualmente en el contexto de los derechos contenidos en directivas.

(15) Así, por ejemplo, As. 231/83, *Cullet v. Centre Leclerc Toulouse*, Rep. 1985, 305, cdos. 16-18. Sobre este tema, *vid. inter alia* GYSELEN: «State action and the effectiveness of the EEC Treaty's competition provisions» (1989), 26 *CMLRev* 33; HOFFMANN: «Anti-competitive State legislation condemned under Articles 5, 85 y 86 of the EEC Treaty: How far should the Court go after *Van Eycke?*» (1990), *ECLR* 11; JOLIET: «National anti-competitive legislation y Community law» (1988), *Fordham Corporate Law Institute* 16-1.

exigencias de la plena eficacia del Derecho Comunitario, límites que surgen de la necesidad de garantizar la operatividad de los principios, igualmente «constitucionales», de supremacía y efecto directo (16). El resultado práctico es que disposiciones, conceptos, prácticas y principios jurídicos internos, sin importar su rango o naturaleza (17), no pueden ser alegados como excusa para escapar a los imperativos de supremacía y efecto directo del Derecho Comunitario, debiendo siempre asegurarse la eficacia final de la norma supranacional que disfrute de esos dos caracteres (18). El principio de eficacia del Derecho Comunitario tiene carácter general y gobierna los tres niveles de integración, es decir, su «transposición, aplicación y ejecución» por los órganos nacionales competentes, si bien ha sido en el marco de la jurisprudencia relativa a la tutela judicial efectiva de los derechos de origen comunitario donde su aplicación ha alcanzado mayor vigor y detalle.

3. EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El tratamiento de las obligaciones que pesan sobre los jueces y tribunales nacionales para tutelar los derechos subjetivos de origen comunitario ha seguido un desarrollo jurisprudencial paralelo al analizado respecto del principio de autonomía institucional y el principio de eficacia. Muchos autores se refieren al principio de tutela judicial efectiva como un principio autónomo e independiente (19). Si bien es cierto que este principio ha alcanzado una formulación más completa y un mayor alcance práctico en el área de la protección judicial de los derechos de origen supra-

(16) BRIDGE, *loc. cit.*, pág. 29.

(17) Esta doctrina ha sido interpretada por el TJCE como aplicable incluso a normas internas de rango constitucional: «Ninguna disposición de derecho nacional, de cualquier naturaleza que sean, pueden prevalecer sobre el Derecho comunitario» (traducción libre). As. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rep. 1970, 1125, pág. 1127; *vid.* igualmente As. 52/75, *Comisión c. Italia*, Rep. 1976, 277, en el que se afirma que «los Estados miembros no podrán alegar disposiciones, prácticas o circunstancias existentes en sus ordenamientos jurídicos internos con el fin de justificar una violación de sus obligaciones bajo una Directiva comunitaria» (traducción libre). *Vid.* RIDEAU, *loc. cit.*, págs. 885-886.

(18) As. 6/64, *Costa v. ENEL*, Rep. 1964, 1141.

(19) Por ejemplo, OLIVER: «Enforcing Community rights in the English Courts» (1987), 50 *MRL* 881, pág. 882.

nacional, este hecho no debiera ocultar que, en esencia, este principio no es más que el principio de eficacia del Derecho Comunitario operando en el tercer nivel de integración del Derecho Comunitario, esto es el de su aplicación judicial por los órganos internos competentes.

3.1. *El sistema de control descentralizado*

La división de competencias entre los niveles supranacional y nacional consagrada en el principio de autonomía institucional produce como resultado que, cuando el Derecho Comunitario no ha previsto los recursos pertinentes, la obligación de proteger los derechos subjetivos que se derivan del efecto directo —o indirecto como veremos— de las normas comunitarias (20) recae sobre las autoridades nacionales y en particular sobre los órganos jurisdiccionales internos. Como ha señalado el propio TJCE, «cada vez que una norma de Derecho Comunitario confiere un derecho a los particulares, esos derechos, sin perjuicio de los métodos de recurso disponibles bajo el Tratado, pueden ser salvaguardados mediante acciones incoadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes» (21). Estos, cuando aplican Derecho Comunitario, lo hacen como órgano jurisdiccional descentralizado perteneciente a un único poder judicial comunitario, cuya cúspide ocupa el TJCE.

Esta descentralización judicial cumple una función crucial en la viabilidad de la estructura supranacional. Vista la falta de órganos de aplicación y ejecución de carácter federal (22), así como el número de infracciones puntuales cometidas a nivel nacional, sólo a través de acciones incoadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales internos se podía estructurar un control efectivo de la correcta aplicación del Derecho Comunitario. Como bien ha subrayado el TJCE, «la vigilancia de los particulares afectados con el objeto de proteger sus derechos supone un control efectivo que se añade al control confiado por los artículos 169 y

(20) Exceptuando los pocos casos en los que los particulares pueden acudir directamente ante el TJCE al amparo del artículo 173 CE

(21) Traducción libre. As. 28/67, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH v. Hauptzollamt Paderborn*, Rep. 1968, 143, pág. 153.

(22) Con la excepción de los poderes de control atribuidos a la Comisión en ciertos ámbitos competenciales, tales como el derecho de la competencia, y por el artículo 169 CE. Sobre este artículo *vid.* Schermers & Waelbroeck, *Judicial Protection in the EEC*, 4th ed., Deventer, 1987, págs. 250-294.

170 CE a la diligencia de la Comisión y de los Estados miembros» (23). Además, la propia lógica del sistema impone a los titulares de los derechos que asuman la responsabilidad de su defensa. No debe ser la Comisión quien sustituya a los titulares en la tutela y ejercicio de las facultades que les conceden las normas aplicables (24). Esta es, en breves términos, la base del control descentralizado, también denominado principio de vigilancia dual (25).

Evidentemente, el sistema sólo puede funcionar correctamente si tanto los particulares como los órganos jurisdiccionales nacionales asumen y desempeñan activamente el papel que el Tratado les ha asignado. Es por ello que no resulta exagerada la afirmación de que cuando cumplen con su función y deber comunitario, la actitud de los jueces nacionales «... est essentielle dans le contrôle de l'application du droit communautaire. Ils sont chargés d'assurer le respect de ce droit par les particuliers et surtout par les autorités nationales. Ils sont, par l'exercice de leurs pouvoirs, les garants de la primauté du droit communautaire» (26).

3.2. *El principio de autonomía procesal*

Vista la inteligencia del sistema de control descentralizado, en el plano procedimental, esas acciones destinadas a la protección de los derechos de origen comunitario se encauzan a través de las normas procesales internas que rigen y disciplinan las condiciones de acceso de los particulares a los tribunales nacionales para cuestiones similares de derecho inter-

(23) Traducción libre. As. 26/62, *Van Gend and Loos*, loc. cit., pág. 13.

(24) El propio TJCE ha marcado esta diferencia al señalar que «... acciones [incoadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales] por un particular tienen como objeto la protección de los derechos subjetivos en un asunto concreto, mientras que la intervención por parte de las autoridades comunitarias tienen por objeto la observancia general y uniforme del Derecho Comunitario. De esta manera se hace patente que las garantías otorgadas a los particulares en el marco del Tratado para la salvaguardia de sus derechos subjetivos y los poderes atribuidos a las instituciones comunitarias en relación con la observancia por el Estado de sus obligaciones tienen objetivos, fines y efectos diferentes y no se puede trazar un paralelo entre ellos» (traducción libre). As. 28/76, *Molkerei Zentrale*, loc. cit., pág. 153. Vid. igualmente As. 26/62, *Van Gend and Loos*, loc. cit.

(25) WEATHERILL: «National remedies and equal access to public procurement» (1990), 10 *YEL* 243, pág. 244.

(26) RIDEAU, loc. cit., pág. 883.

no. Este es el denominado principio de autonomía procesal, enunciado por el TJCE en los siguientes términos:

«...en ausencia de disposiciones de Derecho Comunitario en la materia, corresponde a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro el designar los órganos jurisdiccionales con jurisdicción y determinar las condiciones procesales que gobiernen los recursos destinados a la protección de los derechos que los ciudadanos derivan del efecto directo del Derecho Comunitario ...» (27).

Su fundamento y legitimación teórica nacen de una asunción básica: por responder a los principios y requisitos del Estado Democrático de Derecho, los sistemas nacionales de tutela judicial son autosuficientes y prevén mecanismos jurisdiccionales adecuados para la protección de los derechos subjetivos en general y, por tanto, también los de origen comunitario. Como afirma Mertens de Wilmars, «sans doute, à la base même de la solidarité qui rassemble les états et les peuples dans la Communauté, il y a l'adhésion aux institutions démocratiques qui implique, comme allant de soi, l'existence dans chaque état membre d'organes réalisant l'Etat de droit. Leur absence ou leur insuffisance notoire signifierait que ne sont pas ou ne sont plus réalisées les conditions de l'appartenance à la Communauté» (28). Esta asunción, en teoría consistente, plantea en el momento de su aplicación práctica numerosas dificultades. La primera de ellas surge de la complicada naturaleza misma del sistema comunitario. En él, donde diferentes tradiciones jurídicas coexisten, la declaración de la exis-

(27) As. 33/76, *Rewe Zentralfinanz e.g. v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Rep. 1976, 1989, págs. 1997-1998 (traducción libre). El principio de autonomía procesal ha merecido particular atención por parte de la doctrina. El análisis clásico del principio y de su evolución jurisprudencial está contenido en KOVAR: «Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire», en LARCIER (ed.): *Les Recours des Individus devant les Instances nationales en cas de Violation du Droit Européen, Colloque organisé par le I.E.E.*, Brussels, 1978, 245, págs. 248 y ss.; vid. igualmente BRIDGE, *loc. cit.*, pág. 30; MERTENS DE WILMARS, *loc. cit.*; OLIVER: (1987), *loc. cit.*; ÍDEM, «Le droit communautaire et les voies de recours nationales» (1992), *CDE* 348; STEINER: «How to make the action suit the case. Domestic remedies for breach of EEC Law» (1988), 13 *ELRev* 102.

(28) MERTENS DE WILMARS, *loc. cit.*, pág. 381.

tencia de un derecho subjetivo a nivel comunitario, no se ve siempre acompañada por un mecanismo apropiado de recursos jurisdiccionales a nivel interno.

En efecto, la manera en que una sociedad valora los derechos sustantivos o las situaciones jurídicas en general son el resultado de muchos años de evolución socio-jurídica. Ello se refleja en el ámbito procesal, determinando los mecanismos de protección. Si un derecho subjetivo es considerado elemento fundamental del patrimonio jurídico de los ciudadanos en un determinado ordenamiento, los mecanismos jurisdiccionales de tutela estarán altamente desarrollados. Por el contrario, allí donde ciertos derechos se subordinen a otros valores sociales, como por ejemplo el bien común o interés general, las reglas procesales tenderán al favorecimiento de éstos en detrimento de aquéllos. Un mismo derecho, pues, puede verse distintamente amparado en cada Estado miembro, dependiendo de la conceptualización del derecho sustantivo en cuestión y del contexto jurídico-político en el que se inserta (29).

A este primer elemento de dificultad propio de una Comunidad compuesta de tradiciones jurídicas y realidades socio-políticas diversas, se añade una segunda disfunción. Los objetivos perseguidos por las normas comunitarias al otorgar ciertos derechos pueden ser completamente ajenos a los sistemas jurídicos nacionales. Las normas procesales que deben servir como vehículo para la defensa judicial de los derechos subjetivos de origen supranacional resultan inadecuadas por la sencilla razón de que no han sido diseñadas para satisfacer derechos extraños al ordenamiento jurídico en el que actúan (30). Una vez más, en palabras de Mertens de Wilmars, «... l'existence, dans chaque Etat membre, de systèmes de protection juridique assurés, fondés sur le droit et appropriés aux nécessités et particularités nationales n'implique pas *ipso facto* une aptitude égale de ces systèmes à assurer une protection adéquate dans un ordre juridique commun, distinct par définition des ordres juridiques nationaux» (31). Ello implica, sea la necesidad de una interpretación «activa» por parte de los encargados de proteger tales derechos a nivel nacional de los contextos y nociones jurídicas internos con el fin de adaptarlos a la exigencias de las nor-

(29) Véase, como ejemplo, la discusión más abajo sobre el caso que dio lugar a la sentencia *Factortame I*.

(30) RIDEAU: «Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux» (1974), *Dalloz-Sirey, chronique XIX*, 147, pág. 156.

(31) MERTENS DE WILMARS, *loc. cit.*, pág. 381.

mas comunitarias, sea un esfuerzo legislativo armonizador a nivel supranacional para solventar los obstáculos que las diferentes regulaciones procesales nacionales pueden presentar. Un nuevo sistema de derechos a menudo exige un nuevo sistema de recursos para garantizar su tutela judicial efectiva (32).

4. LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL

4.1. *El principio de tutela judicial efectiva* (33)

La subsistencia y aplicación ilimitada de sistemas de recursos inadecuados para la tutela judicial de los derechos subjetivos comunitarios re-

(32) A modo de ilustración práctica, ello ha ocurrido en el caso de la regulación comunitaria de la contratación pública. Hasta la adopción de la comúnmente denominada Directiva recursos (Directiva del Consejo 89/665, que coordina los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras), ninguna iniciativa comunitaria había abordado la armonización de los recursos aplicables contra infracciones de las normas comunitarias en la materia. Como consecuencia de ello, el principio de autonomía procesal desplegaba sus efectos en términos absolutos, aplicándose los sistemas nacionales de protección judicial. Este estado de la cuestión era poco satisfactorio. Las directivas comunitarias introducían un objetivo bien definido: la apertura de la contratación pública nacional a la competencia comunitaria. Ello trajo consigo la imposición de obligaciones concretas a los poderes adjudicadores y la consiguiente concesión de derechos a los operadores privados. Tanto el objetivo preseguído por la regulación comunitaria como los mecanismos jurídicos para alcanzarlo eran extraños a varios ordenamientos internos, en particular aquellos que tradicionalmente regulaban los contratos de la administración desde una perspectiva de derecho privado, como era el caso del Reino Unido y Alemania. Los mecanismos procesales de garantía en derecho interno, al responder a normativas, concepciones y objetivos diferentes, resultaban insuficientes para dar satisfacción al nuevo conjunto de derechos supranacionales. En otras palabras, las diferentes concepciones nacionales existentes acerca de la función y naturaleza de los contratos de la administración determinaban, no sólo que los mecanismos judiciales de protección fueran sustancialmente diversos, sino también que fueran a menudo inadecuados como cauces procesales para asegurar el goce efectivo de los nuevos derechos emanados de la normativa comunitaria.

(33) DUBOIS: «A propos de deux principes généraux du droit communautaire» (1988), *Revue Française de Droit Administratif*, 691; CURTIN (1990), *loc cit.*; IDEM: «The decentralised enforcement of Community Law rights. Judicial snakes and ladders», en O'KEEFFE & CURTIN: *Constitutional Adjudication in European Community*

sulta incompatible con la naturaleza jerárquicamente superior de las normas comunitarias y con los presupuestos de la doctrina del efecto directo. La tensión entre la operación incondicional del principio de autonomía procesal y las exigencias del principio de eficacia del Derecho Comunitario ha generado la cristalización del concepto de la tutela judicial efectiva.

4.1.1. *Las primeras definiciones del principio*

El principio de tutela judicial efectiva, al igual que el principio de eficacia, ha sido desarrollado sobre una interpretación teleológica extensiva del artículo 5 CE (34) y, muy sucintamente, impone a las instancias nacionales la obligación de asegurar que los derechos subjetivos que se puedan derivar de normas jurídicas supranacionales han de gozar de mecanismos de tutela judicial *efectiva* en derecho interno. Garantizada la efectividad de la tutela, se asegura el goce pleno y, consiguientemente, la uniformidad e igualdad en el disfrute de sus derechos de los ciudadanos europeos con independencia de su nacionalidad o del ordenamiento jurídico donde se pretenden hacer valer.

Sus primeras formulaciones se remontan a 1968, cuando el TJCE declaró que los órganos jurisdiccionales nacionales debían «proteger los intereses de aquellas personas sujetas a su jurisdicción que pudieran ser afectadas por cualquier posible violación [del Tratado] mediante la garantía de una tutela directa e inmediata de sus intereses» (35). En las sentencias *Rewe Zentrale* y *Comet*, el TJCE sostuvo que, «en aplicación del principio de cooperación establecido en el artículo 5 CEE, la tutela de la protección legal conferida a los particulares por el efecto directo de las normas de Derecho Comunitario ha sido encomendada a los órganos jurisdiccionales nacionales», y que consiguientemente las acciones procesales nacionales no deben hacer «imposible en la práctica el ejercicio de dere-

and National Law, London, 1992, págs. 33 y ss.; OLIVER (1987), *loc. cit.*; BARAV: «Enforcement of Community rights in the national courts: the case for jurisdiction to grant interim relief» (1989), 26 *CMLRev* 369.

(34) *Vid.* TEMPLE-LANG (1990), *loc. cit.*, y CONSTANTINESCO, *loc. cit.*, en CAPO-TORTI & others (eds.), *op. cit.*

(35) Traducción libre. As. 13/68, *SpA Salgoil v. Italian Ministry for Foreign Trade*, Rep. 1968, 453, pág. 463. BARAV, *loc. cit.*, pág. 373.

chos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de proteger». El TJCE añadió una segunda condición, basada en el principio general de no discriminación contenido en el antiguo artículo 7 CEE, al decidir que las normas procesales nacionales «destinadas a asegurar la tutela de los derechos que los particulares adquieren a través del efecto directo del Derecho Comunitario no deben ser menos favorables que aquellas que regulan el mismo tipo de acción en un asunto de derecho interno» (36). Ambos principios, que conjuntamente constituyen el denominado test *Comet*, operan independientemente el uno del otro. El principio de no discriminación no puede ser interpretado de manera que haga imposible en la práctica la protección judicial de los derechos subjetivos comunitarios. Así, si en derecho interno no están previstas acciones judiciales en situaciones similares a las reguladas en las normas comunitarias, ello no puede impedir el acceso a la protección judicial de los derechos de origen comunitario. La exigencia de «eficacia» prevalece sobre la de no discriminación (37).

El TJCE ha reiterado el principio de tutela judicial efectiva en diversas ocasiones, aunque sin adoptar nunca un tratamiento sistemático (38). Es por ello por lo que la doctrina discrepa acerca del momento exacto en el que se consolida jurisprudencialmente (39), si bien para algunos autores ello ocurre en la sentencia *Johnston* (40). En ella, el TJCE se refirió al derecho a una tutela judicial efectiva, que a la sazón se recogía en el

(36) Traducción libre. As. 45/76, *Comet*, loc. cit., y As. 33/76, *Rewe*, loc. cit. Para Oliver estas afirmaciones constituyen la enunciación del principio de eficacia del Derecho Comunitario. OLIVER (1987), loc. cit., pág. 882.

(37) Así se desprende de las afirmaciones del TJCE en su sentencia *S. Giorgio* (As. 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio*, Rep. 1983, 3595). Vid. sobre este punto, *inter alia*, OLIVER (1987), loc. cit., pág. 883; BRIDGE, loc. cit., pág. 39; WYATT: «National periods of limitation as a ban to Community rights» (1972), 2 *ELRev* 124.

(38) Así, en la saga de sentencias relativas al reembolso de las exacciones indebidamente cobradas, analizadas, *inter alia*, por BARAV: «La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes» (1981), 17 *CDE* 507; HUBEAU: «La répétition de l'indu en Droit Communautaire» (1981), 17 *RTDE* 442, y OLIVER (1987), loc. cit.

(39) Comparar las posiciones de DUBOIS, loc. cit., pág. 693; OLIVER (1987), loc. cit., pág. 882, y BARAV (1989), loc. cit.

(40) As. 222/84, *Johnston* loc. cit. DUBOIS, loc. cit., pág. 693. Vid. igualmente las Conclusiones del abogado general Van Gerven, en el As. C-271/91 de 26 enero 1993, aún sin publicar en el Rep.

artículo 6 de la Directiva 76/207 (41) y cuya interpretación era objeto del litigio, señalando que era «un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» y que «está igualmente consagrado por ... el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales» y que, por lo tanto, ha sido igualmente asumido por el Derecho Comunitario. En consecuencia, como las obligaciones emanadas del Derecho Comunitario tienen carácter imperativo y prevalecen sobre aquellas de derecho interno, «un control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho Comunitario y las de la legislación nacional destinada a garantizar la posibilidad del ejercicio de los derechos previstos [por la norma comunitaria]» es una obligación ineludible que pesa sobre los Estados miembros (42). En la misma línea argumental, el TJCE afirmó un año más tarde en el asunto *Heylens* que «visto que el libre acceso al empleo es un derecho fundamental que el Tratado confiere individualmente a cada trabajador en la Comunidad, la existencia de un recurso de naturaleza judicial contra cualquier decisión de una autoridad nacional denegatoria del beneficio de dicho derecho es esencial para asegurar al individuo una tutela efectiva» (43). Igualmente, el TJCE ha declarado que es responsabilidad de los Estados miembros, con independencia de sus tradiciones jurídicas, el asegurar que los derechos subjetivos que se originan en Derecho Comunitario «son efectivamente protegidos en cada caso» (44). Más recientemente, en relación con normas sancionadoras internas, el TJCE ha establecido que «... cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho Comunitario...» (45). Hoy se acepta

(41) Directiva 76/207 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

(42) As. 222/84, *Johnston loc. cit.*, pág. 1682.

(43) As. 222/86, *UNECTEF v. Heylens*, Rep. 1987, 4097, pág. 4117.

(44) Traducción libre. As. 179/84, *Bozzetti v. Intermizzi SpA y Ministero del Tesoro*, Rep. 1989, 2301, págs. 2317-2318.

(45) Traducción libre. As. 68/88, *Commission c. Grecia*, Rep. 1989, 2977, pág. 2984. Vid. igualmente As. C-326/89 *Hansen*, Rep. 1990-I, 2911, cdo. 17; As. C-7/90, *Vandevenne*, Rep. 1991-I, 4371, cdo. 11.

pacíficamente que la eficacia de los recursos jurisdiccionales disponibles para la tutela de los derechos subjetivos que emanan de las normas supranacionales se ha convertido en un requisito obligatorio impuesto por la jurisprudencia del TJCE sobre los órganos nacionales competentes (46).

El devenir lógico del TJCE no podía haber sido de otra manera. El derecho fundamental a una tutela judicial efectiva es de aplicación en toda sociedad democrática occidental. En realidad, analizado desde una perspectiva jurídica, es un elemento indispensable del concepto de Estado de Derecho. Siempre que un derecho subjetivo sea contemplado por un ordenamiento jurídico, el Estado de Derecho exige que tal derecho pueda ser judicialmente protegido y, eventualmente, ejecutado cuando sea ignorado o transgredido (47). En palabras del abogado general Darmon, «el control jurisdiccional constituye ... una garantía fundamental: el principio de audiencia es inherente al Estado de Derecho» (48). Sabemos que la Comunidad Europea, como ordenamiento jurídico autónomo es una Comunidad regida por los principios del Estado de Derecho, al menos formalmente (49). El hecho de que las instancias nacionales estén encargadas de la aplicación y ejecución del Derecho Comunitario no debe desvirtuar el funcionamiento del sistema jurídico comunitario en su conjunto de acuerdo con los principios del Estado de Derecho. Puesto que el Derecho Comunitario forma parte integral del patrimonio jurídico de los individuos (50), los derechos subjetivos comunitarios deben ser acordados tutela judicial efectiva (51) no ya en los mismos términos que si fueran derechos origi-

(46) BARAV (1989), *loc. cit.*, pág. 379; CURTIN (1990), *loc. cit.*, pág. 729; DUBOIS, *loc. cit.*, pág. 695; *vid.* igualmente MAIDANI, POMMIÈS et BONICHOT: «Chronique générale de jurisprudence communautaire» (1988), *RMC* 35.

(47) «For a country to be under the rule of law, it is absolutely indispensable that it has a high court, with all the possible safeguards of independence, impartiality and competence, before whom can be brought an action to set aside any decision maintained to be contrary to law». DUGUIT: *Leçons de Droit Public Général*, París, 1926, citado por SCHWARTZ: *French Administrative Law and the Common Law World*, New York, 1954, pág. 112.

(48) Nos parece más precisa la versión inglesa, que dice: «the right to challenge a measure before the courts is inherent in the rule of law». Conclusiones del abogado general Darmon en As. 222/84, *Johnston*, *loc. cit.*, pág. 1656.

(49) *Vid. supra* n. 2.

(50) As. 26/62, *Van Gend en Loos*, *loc. cit.*, pág. 12.

(51) En este sentido, DUBOIS, *loc. cit.*, pág. 700.

nados exclusivamente en el ordenamiento jurídico interno, sino aún con mayor vigor debido a su naturaleza jerárquicamente superior. Ejemplos de este mayor vigor son las sentencias *Factortame I* y *Francovich* que pasamos a analizar.

4.1.2. La sentencia *Factortame I* (52)

La sentencia *Factortame I* constituye, sin duda, un avance fundamental en la jurisprudencia del TJCE sobre la tutela judicial efectiva, especialmente si tenemos en cuenta las delicadas cuestiones tanto jurídicas como políticas que rodeaban al caso. Si bien las cuestiones planteadas versaban sobre aspectos de carácter fundamentalmente procesal, la realidad subyacente era la de determinar la compatibilidad de un principio fundamental de Derecho constitucional inglés, que juridificaba el concepto tradicional de soberanía y democracia inspirador del sistema político británico, con el principio de eficacia del Derecho Comunitario. De hecho, se discutía la dialéctica clásica entre soberanía nacional y los límites a la misma que resultaban de la pertenencia a la Comunidad europea. Buena prueba de la trascendencia no meramente jurídica que tuvo el caso la suministra no sólo la interesante discusión que provocó en la doctrina

(52) As. C-213/89, *Factortame I*, *loc. cit.* Este caso despertó una merecida atención en medios académicos: *vid. inter alia* BARAV (1989), *loc. cit.*; BARAV y SIMON: «Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame*» (1990), *RMC* 591; GARCÍA DE ENTERRÍA: «El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo» (1989), *Civitas, Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 63, 411; IDEM: «Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español» (1989), *Civitas, Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 64, 593; IDEM: «La sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (1990), *Civitas, Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 67, 401; GRAVELLS: «Effective protection of Community law rights: temporary disapplication of an Act of Parliament» (1991), *Public Law* 180; HANNA: «Community rights all at sea» (1990), *Law Quarterly Review (LQR)*; EMILIOU, SHARPSTON & SNYDER: «European Community law», in PETTET (ed.) (1992), 45 *Current Legal Problems* (Annual review) 49; OLIVER: «Interim measures: some recent developments» (1992), 29 *CMLRev* 7, pág. 10 ff; comentado por TOTH, (1990), 27 *CMLRev* 573; OLIVER, D.: «Fishing on incoming tide» (1991), 54 *MLR* 442.

en general (53) y en la británica en particular, sino también los titulares aparecidos en los diarios ingleses más serios (54).

Los demandantes cuestionaban la compatibilidad con el Derecho Comunitario, y más concretamente con los artículos 7, 52, 58 y 221 del Tratado CEE, de la *Merchant Shipping Act, Part II*, que exigía que todos los buques pesqueros que quisieran faenar en aguas británicas debían ser propiedad de nacionales británicos, y sus operaciones habían de ser controladas y dirigidas desde el Reino Unido por ciudadanos británicos domiciliados y residentes en las Islas. Adicionalmente, los demandantes, patrones que al amparo de la más permisiva legislación derogada habían faenado como británicos, solicitaron la concesión de medidas cautelares alegando daños irreparables si la ley se les aplicaba pendiente la resolución del recurso judicial interpuesto. El reconocimiento eventual de lo bien fundado de sus pretensiones tendría un mero valor declarativo si no se suspendía la aplicación de la ley recurrida (55). Esta alegación no fue puesta en duda por ninguna de las instancias que conocieron del caso.

La *Divisional Court of the Queen's Bench Division* en su sentencia de marzo de 1989, interpuso una cuestión prejudicial ante el TJCE sobre el fondo y acordó la suspensión de la aplicación a los demandantes de las disposiciones impugnadas como medida cautelar. Esta última decisión fue recurrida por el ministro de Transportes ante la *Court of Appeal*. En Derecho inglés, los tribunales no están capacitados para ordenar medidas suspensivas contra actos formalmente atribuibles a la Corona (56), ni tie-

(53) Especial mención merece el artículo de CRAIG: «Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame*» (1991), 11 *YEL* 221, en el cual el autor revisa los presupuestos teóricos del tradicional concepto de soberanía parlamentaria del Derecho Constitucional británico a la luz de la sentencia *Factortame I* y su recepción por los órganos jurisdiccionales en el Reino Unido. Una posición especialmente crítica es adoptada por WADE en «What happened to the Sovereignty of Parliament?» (1991), *LQR* 1.

(54) Las reacciones de la prensa británica a la sentencia pueden verse en TOTH, *loc. cit.*, pág. 583; WEATHERILL, *loc. cit.*, 285, en nota núm. 234, y EMILIOU, SHARPSTON & SNYDER, *loc. cit.*, en nota núm. 25.

(55) Ello era en parte debido a peculiaridades del derecho británico aplicable en casos de infracciones del Derecho Comunitario a raíz de la polémica decisión de la *Court of Appeal* en el asunto *Bourgoin SA* [1986] *QB* 716. *Vid.* OLIVER, D.: *loc. cit.*, p. 447. Esta sentencia ha sido cuestionada por la jurisprudencia británica posterior a *Franovich*: *vid. Kirklee BC v. Wickes Ltd.* [1992], 3 *ALL ER* 717, pág. 734.

(56) *Vid.* BARAV, *loc. cit.*, pág. 376; OLIVER, D., *loc. cit.*, pág. 446.

nen poder para decidir la suspensión de la aplicación de una Ley del Parlamento británico, que, como es bien sabido, en derecho constitucional inglés es «absolutamente» soberano, con independencia de que de la aplicación de tal ley se puedan derivar perjuicios irreparables para algunos ciudadanos. A la luz de los mencionados principios de la Constitución no escrita británica, la *Court of Appeal* decidió revocar el auto del tribunal inferior por el que se habían acordado medidas suspensivas cautelares (57). El caso llegó finalmente a la *House of Lords*, quien planteó una segunda cuestión prejudicial sobre la cuestión de las medidas cautelares y pidió del TJCE que clarificara si, en virtud del Derecho Comunitario, los tribunales nacionales eran competentes para decidir medidas cautelares independientemente de lo previsto por el derecho interno «con el fin de proteger derechos, seriamente defendibles pero cuya existencia aún no ha sido demostrada, que una parte declara tener en virtud del Derecho Comunitario» (58).

En sus conclusiones, tras reconocer la importancia de las medidas cautelares para asegurar una efectiva impartición de la justicia, el abogado general Tesauro afirmó sin rodeos que «la obligación del órgano judicial nacional de garantizar una tutela jurídica efectiva a los derechos conferidos a los particulares por el Derecho Comunitario no puede dejar de incluir, dándose los requisitos para ello, la tutela cautelar de los derechos que se alegan, a la espera de su reconocimiento definitivo» (59).

El TJCE, por su parte, en una breve sentencia, comenzó por reinterpretar la cuestión del juez nacional, simplificándola en los siguientes términos: «la *House of Lords* quiere saber, básicamente, si el Juez nacional que conoce de un litigio referente al Derecho Comunitario y que considera que el único obstáculo que se opone a que él pueda ordenar medidas provisionales es una norma del Derecho nacional ha de excluir la aplicación de esta norma» (60). Recurriendo a su consolidada jurisprudencia *Simmenthal* (61), que contenía la llave para la solución del espinoso asunto, el TJCE afirmó que el principio de supremacía del Derecho Comunitario exige

(57) [1989] 2 *CMLR* 353.

(58) [1990] 2 *AC* 85. La referencia al TJCE dio lugar al As. C-213/89, *Factortame I*, *loc. cit.*

(59) Conclusiones abogado general Tesauro, As. C-213/89, *Factortame*, *loc. cit.*, págs. 2463-2464.

(60) As. 213/89, *Factortame I*, *loc. cit.*, pág. 2473.

(61) As. 106/77, *Simmenthal*, *loc. cit.*

que «las normas de aplicabilidad directa del Derecho Comunitario «deben ser plena y uniformemente aplicadas en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo su período de validez»» (62). Tras recordar que los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del artículo 5 CE, están obligados a proporcionar protección jurídica de los derechos que se derivan para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho Comunitario (63), el TJCE dictaminó que «sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho Comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho Comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar el Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias» (64).

A tenor de este razonamiento, el siguiente paso era obligado y el TJCE estimó que en el caso en litigio «... la plena eficacia del Derecho Comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho Comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho Comunitario. De ello resulta que el juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma» (65). En conclusión, como principio general del Derecho Comunitario, los órganos jurisdiccionales nacionales están bajo la obligación de excluir la aplicación de una norma de derecho nacional que les impida acordar medidas provisionales cuando la no concesión de éstas pueda producir daños irreparables en el patrimonio jurídico comunitario.

En *Johnston, Heylens y Bozetti*, la tutela judicial efectiva era considerada un pre-requisito del Derecho Comunitario. En *Factortame I*, el TJCE lleva su razonamiento a sus últimas consecuencias al especificar que el

(62) As. 213/89, *Factortame I*, loc. cit., pág. 2473.

(63) As. 811/79, *Ariete*, Rep. 1980, 2545, y As. 826/79, *Mireco*, Rep. 1980, 2559.

(64) As. C-213/89, *Factortame I*, loc. cit., cdo. 20, repitiendo la fórmula *Simenthal*, vid. supra núm. 11.

(65) As. C-213/89, *Factortame I*, loc. cit., cdo. 21.

principio de tutela judicial efectiva puede exigir la concesión de medidas cautelares, aun cuando en derecho interno esa posibilidad sea dudosa. Este principio, por lo tanto, va más allá de una mera declaración *de lege ferenda*, y por ende autoriza a los jueces y tribunales nacionales para acordar, en base exclusiva al Derecho Comunitario, medidas cautelares para casos no contemplados ni previstos en el ordenamiento jurídico interno. En las circunstancias del caso, éste era el resultado práctico de la sentencia que, tal y como alegaron los representantes británicos ante el Tribunal (66), obligaba a los órganos jurisdiccionales nacionales (e indirectamente al poder legislativo) a crear mecanismos procesales paralelos a los ya existentes a nivel interno para la protección de derechos derivados del ordenamiento jurídico comunitario en virtud del principio general de eficacia del Derecho Comunitario (67).

Esta conclusión ha sido, sin embargo, discutida. En primer lugar, aparece contraria a lo mantenido en sentencias anteriores. En el asunto *Rewe* el TJCE estableció que el Tratado «no ha pretendido crear ante los órganos jurisdiccionales nacionales, a efectos de mantener el Derecho Comunitario, medios de impugnación que no sean los establecidos por el derecho nacional» (68). Este conflicto es, sin embargo, meramente aparente. Barav acertadamente argumenta que las afirmaciones realizadas en *Rewe* hay que situarlas en el contexto de los hechos que dieron lugar al caso. En el párrafo que precede al citado anteriormente, el TJCE había aclarado que la cuestión *sub iudice* se refería «al derecho de los comerciantes a solicitar de los tribunales que requieran a las autoridades del Estado miembro para que obliguen a un tercero a cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho Comunitario en una situación jurídica determinada en la que si bien el comerciante no está directamente implicado, se ve afectado negativamente en su patrimonio por la no observancia (*por el tercero*) del Derecho Comunitario» (69). Así, para Barav, el recurso obligado a

(66) Vid. informe para la vista oral, As. C-213/89, *Factortame I*, loc. cit. Vid. igualmente Craig, quien comparte esta opinión sobre la trascendencia de *Factortame* en «*Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability*» (1993), *LQR* 595, págs. 598-599.

(67) En este sentido TOTH (1990), 27 *CMLRev* 573; BARAV y SIMON, loc. cit., pág. 591; CURTIN (1989), loc. cit., pág. 709.

(68) Traducción provisional. As. 158/80, *Rewe Handelsgesellschaft Nord MbH & Rewe-mark Steffen v. Hauptzollamt Kiel*, Rep. 1981, 1805, pág. 1838.

(69) Traducción libre. As. 158/80, *Rewe Handelsgesellschaft*, loc. cit., pág. 1838. BARAV (1989), loc. cit., págs. 382-383.

los procesos jurisdiccionales nacionales existentes quedaría limitado a estos casos en los que no se pretende hacer valer un derecho subjetivo directamente derivado del ordenamiento comunitario. La libertad del juez nacional para «idear» mecanismos de protección judicial sería mayor cuando de lo que se trata es de tutelar a estos últimos frente a abusos directos. Igualmente, Plaza Martín argumenta que el TJCE hizo estas afirmaciones asumiendo la suficiencia de los recursos internos para tutelar convenientemente los derechos subjetivos comunitarios (70).

En segundo lugar, una corriente interpretativa conservadora defendía que lo que el TJCE en realidad exigía de los tribunales nacionales en *Factortame I* era que ignoraran aquellas normas internas que les impidieran asegurar la plena eficacia de los derechos subjetivos de origen comunitario, pero no imponía ninguna obligación positiva, esto es, de creación de procedimientos *ex novo*. Los órganos jurisdiccionales quedarían meramente obligados a buscar el mecanismo procesal más adecuado entre los que las diferentes normas procesales nacionales en vigor ofertaban. Así, en el caso que comentamos, no se produciría la creación de ninguna acción procesal específica para la protección del Derecho Comunitario en la medida en que en derecho procesal inglés la posibilidad de solicitar y acordar medidas cautelares existía en otros ámbitos del mismo, aunque no contra la Corona (71).

Creemos que esta postura, aunque técnicamente correcta, es excesivamente formalista. El razonamiento del TJCE en *Factortame I*, debidamente apoyado en su jurisprudencia anterior, parece indicar que la solución adoptada en la sentencia hubiera sido la misma incluso en el hipotético caso en que en derecho inglés no hubiera existido posibilidad alguna de medidas cautelares. ¿No podría argumentarse que la imposibilidad de obtener medidas cautelares contra la Corona suponía, de hecho, la inexistencia de acción judicial en las circunstancias específicas del caso? Al reinterpretar

(70) PLAZA MARTÍN: «Furthering the effectiveness of EC Directives and the judicial protection of individual rights thereunder» (1994), 43 *International and Comparative Law Quarterly*, 26, pág. 38.

(71) *Vid.* section 31 de la «Supreme Court Act 1981» y la sentencia *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [1975], AC 396, que contienen las condiciones de derecho común para la concesión de medidas cautelares. Se hace eco de esta posición WEATHERILL, *loc. cit.*, pág. 285. En la misma línea, al comentar el debatido artículo 6 de la Directiva 76/207 sobre igualdad de tratamiento y la sentencia *Marshall I*, se expresa PRECHAL: «Remedies after Marshall» (1990), 27 *CMLR* 451, pág. 468.

la cuestión prejudicial y simplificarla a su conveniencia, el TJCE evitó entrar a discutir sobre los límites de la obligación impuesta a los jueces nacionales y si tal obligación implicaba la «creación» de nuevas vías procesales para la protección específica de los derechos originados a nivel supranacional cuando se constatará la insuficiencia del derecho procesal interno (72). De este modo, asumiendo la existencia de medidas cautelares en otros ámbitos del Derecho interno, el TJCE se limitó a considerar si las normas jurídicas que impedían la concesión de las mismas debían dejarse «inaplicadas». Entendemos que el «principio de eficacia del Derecho Comunitario, del que *Factortame I* es una simple aplicación, lleva implícita la obligación que recae sobre los órganos jurisdiccionales nacionales de proveer remedios judiciales no contemplados en el derecho interno en un contexto específico (73). Esta interpretación quedó ratificada por la sentencia *Francovich* que aclara, complementa y abunda lo establecido en *Factortame I* (74).

(72) La reformulación de la cuestión por parte del TJCE suscitó fuertes críticas de algunos autores que han visto en la actitud del TJCE una estrategia deliberada encaminada a evitar el tratamiento de aguas más turbulentas: *vid.* BARAV y SIMON, *loc. cit.*, en pág. 549; ARROWSMITH: *Civil Liability of Public Authorities*, Winteringham, 1992, en pág. 38. En realidad lo único que ha conseguido el TJCE es ganar algo de tiempo, pues los asuntos acumulados C-46-48/93 *Factortame III* y *Braseries du Pecheur*, pendientes, reclaman, *inter alia*, la respuesta a esta pregunta concreta. *Vid. infra*.

(73) En este sentido, CURTIN (1990), *loc. cit.*, págs. 755-756. Por lo que se refiere a la solución final adoptada por los Tribunales británicos, la *House of Lords*, en una sentencia conciliadora, asumió la decisión del TJCE y otorgó las medidas cautelares reclamadas. *Factortame I* fue interpretada por la *House of Lords* en el sentido de exigir la concesión de medidas cautelares contra la Corona cuando derechos derivados del Derecho comunitario estuvieran en juego. [1991] 1 *All ER* 70, [1990] 3 *CMLR* 375.

(74) *Factortame I* fue seguida por el asunto *Zuckerfabrik* en el que el TJCE amplió la obligación que recaía sobre los jueces nacionales de conceder medidas cautelares a aquellos casos en los que la legalidad de una disposición de Derecho comunitario fuera cuestionada por un particular ante los jueces nacionales. As. acumulados C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Suderdithmaschen* y *Zuckerfabrik Soest v. Hauptzollamt Itzehoe*, Rep. 1991-I, 415).

4.1.3. *La tutela judicial efectiva y la responsabilidad patrimonial del Estado por infracciones al Derecho Comunitario*

4.1.3.1. *Los asuntos Francovich y Bonifaci (75)*

En los asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, dos cuestiones prejudiciales interpuestas por tribunales italianos, el TJCE se pronunció acerca de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracciones al Derecho Comunitario. En concreto, se trataba de saber si un particular que había sufrido daños económicos debido a la no incorporación al derecho interno de una directiva que le reconocía ciertos derechos podía reclamar del Estado infractor daños y perjuicios (76).

La directiva en cuestión, Directiva 80/987, tenía como objetivo la armonización y establecimiento de unos mínimos comunitarios de protec-

(75) Asuntos acumulados C-6 y C-9/90, *Francovich*, *loc. cit.* No sorprenderá que esta sentencia haya recibido aún mayor atención por parte de la doctrina que la propia *Factortame I*. Vid. *inter alia* BARAV: «Damages against the State for failure to implement EC Directives» (1991), *New Law Journal* 1584; BEBR (1992), 29 *CMLRev* 557; CURTIN: «State liability under Community law: a new remedy for private parties» (1992), 21 *Industrial Law Journal* 74; DUFFY: «Damages against the State: a new remedy for failure to implement Community obligations» (1992), 17 *ELRev* 133; GILLIAMS: «Effectiveness of European Community Public Procurement law after *Francovich*» (1992), 1 *PPLRev* 292; LASOK, K. P. E.: «State liability for breach of Community law» (1992), 5 *International Company and Commercial Law Review* 186; MILLÁN MORO: «La eficacia directa de las directivas. Evolución reciente» (1991), *Revista de Instituciones Europeas* 845 at 875 ff; ROSS: «Beyond *Francovich*» (1993), 56 *MLR* 55; SCHOCKWEILER: «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire» (1992), 28 *RTDE* 27; SIMON: «Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?» (1992), 28 *RTDE* 265 at 275 ff; SMITH: «The *Francovich* case: State liability and the individual's right to damages» (1992), 3 *European Competition Law Review* 129; SNYDER: «The effectiveness of European Community law: institutions, processes, tools and techniques» (1993), 56 *MLR* 19; STEINER: «From direct effect to *Francovich*: shifting means of enforcement of Community law» (1993), 18 *ELRev* 3; SZYSZCZAK: «European Community law; new remedies, new directions?» (1992), 55 *MLR* 690; TEMPLE LANG: «New legal effects resulting from the failure to fulfill obligations under European Community law: the *Francovich* judgment» (1992-1993), 16 *Fordham International Law Journal*; CRAIG (1993), *loc. cit.*; PLAZA MARTÍN, *loc. cit.*

(76) En una decisión anterior el TJCE había condenado a Italia por falta de transposición de la Directiva aplicable. As. 122/87, *Comisión c. Italia*, Rep. 1989, 143.

ción para los trabajadores por cuenta ajena en el caso de insolvencia del empresario. Los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para que las «instituciones de garantía» creadas, en su caso, a efectos de la Directiva garantizaran íntegramente el pago de los créditos impagados que resultaran de contratos de trabajo o de relaciones laborales con el empresario insolvente. El contenido específico de los derechos de los particulares era determinado por las autoridades nacionales entre las diversas alternativas que la misma Directiva regulaba. Se dejaba por lo tanto cierto margen de discreción a las autoridades públicas nacionales. A la vista de estas circunstancias, tanto el abogado general Mischo (77) como el TJCE entendieron que los artículos de la Directiva alegados por la parte demandante no gozaban de efecto directo (78).

Ello, sin embargo, y éste es un punto fundamental que desarrollaremos más adelante, no impide que la Directiva pueda conferir derechos a los particulares. Lo único que ocurre es que tales derechos no están lo suficientemente definidos ni son los suficientemente precisos e incondicionales como para ser invocados, y en su caso aplicados, tal y como se hallan contemplados en las disposiciones que los contienen, esto es, es necesaria una intervención reguladora complementaria por parte de las autoridades nacionales competentes (79). A estos derechos los podríamos denominar derechos «imperfectos» frente a los derechos «perfectos» que se desprenderían de las disposiciones con efecto directo. La primera cate-

(77) Conclusiones en asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich, loc. cit.*, cdo. 31.

(78) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich, loc. cit.*, cdo. 27. Si bien el TJCE declaró que la existencia de diversas opciones en una Directiva no excluye la posibilidad de que sus normas puedan tener efecto directo, y a pesar de que tanto las disposiciones que definían los beneficiarios como el contenido de la garantías eran precisas e incondicionales, el margen de discreción dejado a los Estados en lo relativo a la determinación, organización, financiación y funcionamiento de las instituciones de garantía impedía que la Directiva en su conjunto fuese lo suficientemente precisa e incondicional y por lo tanto alegable por los particulares ante los tribunales nacionales frente al Estado. *Vid.* sobre este punto CURTIN (1992), *ILJ, loc. cit.*, págs. 77-78. Steiner sugiere que el hecho de que se denegara el efecto directo a la Directiva respondía a una táctica deliberada del TJCE, ya que «it wished to establish a remedy for Member States' infringements which did not depend on the need to prove direct effects. In this way, the problems associated with the directives arising from their lack of horizontal effect would be largely circumvented», *loc. cit.*, pág. 9.

(79) *Vid.* en este sentido las conclusiones en asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich, loc. cit.*, cdo. 60.

goría abarcaría igualmente aquellas disposiciones con efecto directo que se pretendan hacer valer frente a otros particulares (efecto directo horizontal).

El TJCE pasó a continuación a resolver la segunda cuestión planteada y que se refería a saber si el Estado miembro que había incumplido sus obligaciones comunitarias estaba obligado a compensar los eventuales daños y perjuicios derivados para los particulares de la no ejecución de la Directiva. En el caso de que dicha respuesta fuese afirmativa, los tribunales nacionales solicitaban directrices acerca de cuál debía ser el alcance de la responsabilidad estatal (80). El TJCE, tras citar su jurisprudencia *Simmenthal* y *Factortame I*, recordó que:

«... incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho Comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares».

«Hay que señalar que 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» (81).

El TJCE concluye, de esta manera, que la tutela judicial de los derechos comunitarios de los particulares exige que el Estado se haga responsable de daños causados a los mismos por violaciones del Derecho Comunitario que le son imputables. Tal responsabilidad, que el TJCE califica, y esto es importante, de principio de Derecho Comunitario, «es inherente al sistema del Tratado» (82) y está basada «directamente en el De-

(80) Este ha sido un tema recurrente en el debate doctrinal. Con anterioridad a la sentencia que analizamos, algunos autores habían argumentado convincentemente que el principio de tutela judicial efectiva podía implicar la obligación a los Estados de compensar todos los daños causados a particulares directamente derivados de infracciones cometidas por las autoridades nacionales contra el Derecho Comunitario. En este sentido, CURTIN (1990), *loc. cit.*, pág. 739; MILLÁN MORO, *loc. cit.*, pág. 876.

(81) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, *loc. cit.*, cdo. 32 y 33.

(82) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, *loc. cit.*, cdo. 35.

recho Comunitario» (83). Una vez más el elástico artículo 5 CE constituye la base jurídica fundadora de la responsabilidad estatal, ya que la obligación de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho Comunitario se deriva, entre otras, de dicho artículo del Tratado (84).

Finalmente, el TJCE definió tres condiciones para que se desatara la responsabilidad del Estado frente a los particulares afectados por la no adaptación del derecho nacional a una directiva comunitaria. En primer lugar, la directiva debe implicar la atribución de derechos a favor de los particulares. En segundo lugar, el contenido de estos derechos debe poder ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva en cuestión. Por último, debe existir un nexo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas (85).

En cuanto a las normas procedimentales que deben regular las reclamaciones de los particulares, el TJCE, siguiendo su jurisprudencia constante, declaró «que corresponde a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho Comunitario» (86). Por lo tanto, son las normas nacionales reguladoras de la responsabilidad administrativa las que gobernarán los detalles procesales de las reclamaciones indemnizatorias, dentro los principios establecidos en la sentencia *Comet* y la jurisprudencia posterior del TJCE.

4.1.3.2. *Las cuestiones abiertas por la sentencia Francovich en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado*

Como en cualquier declaración de principios, la sentencia *Francovich* deja muchas cuestiones abiertas como ponen de manifiesto el amplio número de trabajos doctrinales y las recientes cuestiones prejudiciales pen-

(83) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, loc. cit., cdo. 41.

(84) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, loc. cit., cdo. 36.

(85) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, loc. cit., cdo. 40.

(86) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, loc. cit., cdo. 42.

dientes sobre el mismo tema (87). En términos generales, se trata de definir los parámetros en los que el principio de responsabilidad patrimonial establecido en *Francovich* debe operar. Ante todo conviene enfatizar, como lo hizo el propio TJCE, que este derecho de los particulares a una indemnización se deriva *directamente* del Derecho Comunitario y es condición *inherente* del sistema jurídico comunitario (88). Se trata, por lo tanto, de un mecanismo de tutela estrictamente comunitario, que se articula a través de los sistemas de recurso nacionales.

La primera dificultad está en establecer si *Francovich* se aplica únicamente en los casos en los que la infracción consista en la no transposición o transposición incorrecta de una directiva o bien se aplica igualmente por incumplimiento de otras obligaciones de Derecho Comunitario (89). Entendemos que la responsabilidad debería extenderse a cualquier infracción. No tendría sentido restringirla ya que el elemento determinante debe ser la existencia de daños y perjuicios cuyo origen causal, aunque de manera remota, sea el incumplimiento estatal de sus obligaciones comunitarias. Del tenor de la propia sentencia *Francovich* se intuye que tal es la intención del TJCE cuando afirma en términos generales que corresponde al Estado en virtud de sus obligaciones bajo el artículo 5 CE «eliminar todas las consecuencias ilícitas de una infracción» y que tal responsabilidad es «*particularmente* indispensable cuando ... la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado ...» (énfasis añadido) (90). Si esta interpretación es correcta, se deduce que cuando el TJCE estableció los tres presupuestos para que se activara la responsabilidad del Estado, los dos primeros requisitos serán de aplicación en el caso de que la infracción alegada consista en la no adap-

(87) Las cuestiones prejudiciales de la *Divisional Court* de la *Queen's Bench Division* inglesa de 18 noviembre de 1992 y del *Bundesgerichtshof* alemán, de 28 enero de 1993, han dado lugar a los asuntos acumulados C-46 y 48/93, *Factortame III* y *Brasserie du Pêcheur*, pendientes de resolución [DOCE(1993) N.º C 92/4, y DOCE (1993), N.º 94/13].

(88) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, *loc. cit.*, cdos. 41 y 35, respectivamente.

(89) Es ésta la primera aclaración solicitada en las cuestiones prejudiciales realizadas en los asuntos acumulados C-46 y 48/93 *Factortame III* y *Brasserie du Pêcheur*. Tanto el Tribunal alemán como el británico solicitan saber si la responsabilidad patrimonial establecida en *Francovich* es aplicable cuando la infracción consiste en que una ley formal promulgada por el parlamento nacional infringe ciertos artículos del Tratado, *loc. cit.*

(90) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, *loc. cit.*, cdo. 34.

tación del derecho nacional a una Directiva comunitaria o en general a una disposición de Derecho Comunitario sin efecto directo pero que atribuye derechos subjetivos. La tercera condición, el requisito de nexo causal entre la infracción y el perjuicio, debe ser entendido como de aplicación general a cualquier infracción del Derecho Comunitario por parte del Estado.

Considerando la complejidad político, económica y legal del tema de la responsabilidad del Estado, el alcance de esta responsabilidad patrimonial de la administración bajo el Derecho Comunitario plantea una serie de cuestiones enjundiosas (91). ¿Qué características ha de revestir el régimen aplicable para que se puede considerar que garantiza la eficacia del Derecho Comunitario? ¿Pueden los jueces nacionales sopesar los intereses públicos y privados siempre en juego en una reclamación por responsabilidad administrativa y decidir en consecuencia? ¿Estamos ante una responsabilidad ilimitada y objetiva, o se requiere la existencia de cierto grado de culpa por parte del órgano infractor? ¿Determina el grado de culpa la cuantía de la reparación por daños y perjuicios? Es éste el sentido de la mayoría de las cuestiones planteadas por los órganos de remisión en los asuntos acumulados *Factortame III* y *Brasserie du Pêcheur* (92). El tribunal británico plantea hasta ocho cuestiones relativas al alcance de la hipotética responsabilidad del Estado, e incluso si la responsabilidad derivada por infracción del Derecho Comunitario cubre la indemnización con carácter disuasorio (93). El *Bundesgerichtshof* por su parte solicita aclaraciones acerca de si lo establecido en *Francovich* exige la compensación completa, incluido el lucro cesante y si se puede ponderar el grado de negligencia o culpa de los funcionarios en la determinación de la indemnización (94).

En *Francovich* el TJCE no ha exigido de manera explícita que exista culpa por parte de las autoridades nacionales para que se genere su responsabilidad patrimonial y no se hace referencia a los posible límites a la misma. El abogado general sugirió en sus conclusiones que sería conveniente encuadrar la responsabilidad de Estado dentro de los límites y so-

(91) Este es un tema que ha dado lugar a opiniones encontradas. Comparar ROSS, *loc. cit.*, y STEINER, *loc. cit.*

(92) Asuntos acumulados C-46 y 48/93, *loc. cit.*

(93) *Vid.* la lista de cuestiones específicas planteadas por la *Divisional Court Queen's Bench Division*, en *DOCE* (1993) N.º C 94/13.

(94) *Vid.* *DOCE* (1993) N.º C 92/4.

metida a las mismas condiciones y principios que las que el propio TJCE ha impuesto en su jurisprudencia relativa al artículo 215 CE regulador de la responsabilidad extra-contractual de las Comunidades, que dicho sea de paso es bastante restrictiva (95). El TJCE, sin embargo, no estimó pertinente el adoptar las recomendaciones de su abogado general. ¿Se puede concluir de esta omisión que una infracción del Derecho Comunitario cometida *bona fides* genera la responsabilidad patrimonial del Estado? Como único indicio a este respecto el TJCE señaló que la responsabilidad del Estado dependería de la «naturaleza de la infracción», con lo que quedó abierta la posibilidad de atemperar su alcance según el tipo de infracción, lo que podría incluir el grado de culpabilidad o negligencia incurrido por el órgano (96).

Relacionado con lo anterior, *Francovich* tampoco resuelve con claridad el problema de la delimitación de las funciones de los tribunales nacionales ni el papel que han de jugar las reglas nacionales de procedimiento. Si bien se trata de un recurso inherente y directamente comunitario, el TJCE, siguiendo su jurisprudencia *Comet*, señaló expresamente que las reglas procesales aplicables han de ser las vigentes en los diferentes ordenamientos internos, siempre sujeta al principio de eficacia del Derecho Comunitario. El problema estriba en identificar los límites a la discreción judicial al aplicar las normas procesales nacionales y si, a falta de mayor detalle por parte del TJCE, la doctrina y jurisprudencia nacional es igualmente de aplicación. Este es un tema que deberá examinar el TJCE en su futura respuesta al *Bundesgerichtshof*, pues éste ha solicitado explícitamente

(95) Para un análisis exhaustivo de esta acción y de la interpretación del TJCE, vid. BARAV y GREEN: «Damages in the National Courts for Breach of Community Law» (1986), 6 *YEL* 55, y SCHERMERS & WAELEBROECK, *op. cit.*, págs. 330 y ss.

(96) Asuntos acumulados C-6-9/90, *Francovich*, *loc. cit.*, cdo. 38. Según Schockweiler, juez del TJCE, esto se corresponde a una estrategia deliberada del TJCE: «dans l'arrêt *Francovich*, la Cour ne se prononce cependant pas, de façon générale, sur ces conditions (les conditions d'engagement de la responsabilité), admettant que celles-ci dépendent de la nature de la violation du droit communautaire», *loc. cit.*, pág. 43. Continúa Schockweiler señalando: «... la faute et des considérations tirées de son caractère de gravité ou d'excusabilité éventuelle puissent avoir une importance dans le cadre d'autres violations du droit communautaire (*excepto en el caso de no transposición de una directiva en cuyo caso entiende que el grado de culpa no debe ser tomado en consideración*); en effet, la Cour a expressément réservé sa position dans de tels cas, en admettant que les conditions d'ouverture du droit à réparation dépendent de la nature de la violation du droit communautaire à l'origine du préjudice», *loc. cit.*, pág. 46. Vid. igualmente STEINER, *loc. cit.*, pág. 17.

saber si el posible derecho a la indemnización en base al Derecho Comunitario puede estar sujeto a las mismas limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico nacional para reclamaciones similares en derecho interno (97). Para solucionar estas cuestiones, y a la vista de la parquedad de soluciones en *Francovich*, hay que acudir al derecho comparado y a la jurisprudencia posterior en busca de luz.

4.1.3.4. *La aplicación de la sentencia Francovich: el asunto Marshall II*

La primera aplicación de la doctrina *Francovich* ha tenido lugar en el asunto *Marshall II* (98), secuela del importante asunto *Marshall I* (99). Una vez más la interpretación al artículo 6 de la Directiva 76/207, que impone a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para que cualquier persona perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en las relaciones laborales pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, constituía el objeto de la cuestión prejudicial interpuesta por la *House of Lords*.

La legislación británica reguladora de las indemnizaciones por discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales establecía un límite máximo objetivo de indemnización, que en el caso de la demandante no satisfacía plenamente los perjuicios económicos sufridos a causa de su despido discriminatorio contrario a la mencionada Directiva (100). La *House of Lords* preguntaba al TJCE si tal límite era compatible con la obligación de proveer mecanismos jurisdiccionales de recurso contenida en el

(97) DOCE (1993) N.º C 92/4.

(98) As. C-271/91, *M.H. Marshall v. Southampton y South-West Hampshire Area Health Authority (Marshall II)*, sentencia del 2 de agosto 1993 aún sin publicar en el Rep. Sobre esta sentencia *vid.* LIROLA DELGADO: «La transposición y aplicación de las directivas comunitarias por los Estados miembros: tendencias actuales y evolución de la jurisprudencia del TJCE» (1994), *GJ de la CEE*, serie B, mayo, 19, págs. 24 y ss.; CURTIN: «Note on Case C-271/91» (1994), 31 *CMLRev* 631.

(99) As. 152/84, *Marshall v. Southampton y South-West Hampshire Area Health Authority (Marshall I)*, Rep. 1986, 723.

(100) El *Industrial Tribunal* valoró los perjuicios sufridos en 19.405 £. El límite por compensación previsto por la section 65 (2) Sex Discrimination Act 1975, legislación británica aplicable, era de 6.250 £.

artículo 6 (101). Y si era incompatible, ¿qué conceptos debía incluir la indemnización? Por último, el alto Tribunal británico solicitaba del TJCE que le aclarara si un particular podía invocar el artículo 6 de la Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales para reclamar la satisfacción de sus pretensiones, esto es, si tal artículo tenía efecto directo.

Dejando para más adelante el análisis de sus interesantes reflexiones relativas al efecto directo horizontal (102), el abogado general Van Gerven, en vista de lo delicado del asunto, adoptó una posición cauta y sugirió que se permitiera, «en el estado actual del Derecho Comunitario» (énfasis añadido), a la legislación interna el proveer límites a la posible responsabilidad estatal y que se admitiera incluso, por razones de interés público, que la indemnización no cubriera totalmente los perjuicios sufridos, siempre que se asegurara la protección judicial real y efectiva del derecho que se reclamaba (103).

El TJCE se apartó la prudencia aconsejada por su abogado general y falló en términos generosos en favor de Mrs. Marshall. Después de haber considerado los objetivos de igualdad de trato perseguidos por la Directiva, el TJCE repitió su jurisprudencia *Von Colson* relativa al artículo 6 de la Directiva según la cual esta disposición no impone ninguna solución concreta para asegurar la consecución de los objetivos, y por lo tanto carece de efecto directo. Sin embargo, la obligación de proveer mecanismos judiciales para hacer valer los derechos que se derivan de la directiva implica que dichas medidas deben ser suficientemente efectivas para asegurar su objetivo. Así, si el objetivo es alcanzar una igualdad de oportunidades real, éste no puede lograrse si no se establecen los mecanismos necesarios para restaurar la igualdad de oportunidades cuando ésta ha sido ignorada. Ello conlleva, según el TJCE, que las medidas de protección han de garantizar una tutela judicial efectiva y real y deben tener un efecto disuasorio sobre los empleadores. Para determinar la efectividad de las medidas habrá que estar, continúa el TJCE, a las características concretas de cada infracción (104).

Según el TJCE, quien se mantuvo en su línea jurisprudencial (105), si

(101) Para una exposición más detallada de los hechos, *vid.* informe para la vista oral, As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*

(102) *Vid. infra*, págs. 224 y ss.

(103) Conclusiones As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*, cdo. 17.

(104) As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*, cdos. 16-25.

(105) As. 14/83, *Von Colson*, *loc. cit.* (ver igualmente el asunto 79/83, *Harz*

el Estado opta por prever una indemnización compensatoria como mecanismo de tutela, ésta ha de ser, para asegurar la consecución de la igualdad, adecuada en el sentido de que debe permitir, *de acuerdo con las normas nacionales aplicables*, una compensación *total* de todos los perjuicios y daños sufridos por la víctima (106). Esto es, el TJCE estimó que la cuantía ha de compensar *completamente* los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Es por ello, continúa el TJCE, que la existencia de un límite objetivo establecido por una disposición legal no puede considerarse, por definición, como una aplicación correcta del mandato contenido en el artículo 6 de la Directiva en tanto en cuanto limita *a priori* la indemnización posible a un nivel que puede no ser adecuado al nivel de daños y perjuicios sufridos (107). Lógicamente, los intereses que se hayan podido devengar desde la comisión de la infracción hasta el pago del principal deberán ser igualmente incluidos (108).

De *Marshall II* se desprende como criterio que la indemnización por daños ha de ser adecuada para garantizar una compensación suficiente que sustituya el pleno goce del derecho lesionado, tener efecto disuasorio y, en todo caso, cubrir la totalidad de los daños y perjuicios sufridos. Corresponde a las autoridades nacionales, y en última instancia a los órganos jurisdiccionales, la determinación de que es adecuado, proporcional y disuasorio bajo el control del propio TJCE, lo cual, como demuestran las diversas jurisprudencias nacionales, no es nada sencillo. ¿Qué ha de considerarse una compensación completa? ¿Han de incluirse los perjuicios morales? ¿Qué nivel tiene efecto disuasorio?

Finalmente a la pregunta planteada acerca del efecto directo del artículo 6 contestó el TJCE de manera ambigua (109). Si bien la disposición no tenía *por sí misma* efecto directo, una vez que el Estado miembro había optado por la compensación económica, el margen de discreción permitido había desaparecido. Ello, junto con una interpretación conjunta del artículo 5 de la misma Directiva, permitía a los particulares, invocar el ar-

v. Deutsche Tradax GmbH, Rep. 1984, 1921), y As. 68/88, *Comisión c. Grecia*, *loc cit.*, pág. 2983, ya aportaban ciertas directrices a la hora de determinar la cuantía de una posible indemnización, exigiendo que ésta debía ser, para asegurar su eficacia, adecuada en relación con los perjuicios sufridos y tener un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.

(106) As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*, cdo. 26.

(107) As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*, cdo. 32.

(108) *Ibid.*

(109) *Vid.* las consideraciones hechas por CURTIN (1994), *loc. cit.*, págs. 643 ss.

título 6 ante los jueces nacionales frente al Estado y sus emanaciones (110). A continuación, repitiendo su jurisprudencia *Francovich*, señaló que los particulares podían alegar ante los jueces nacionales derechos cuyo contenido puede ser determinado de manera suficientemente precisa en base exclusivamente a la directiva. Por lo tanto, la víctima de una discriminación por razón de sexo podía basar sus pretensiones sobre el artículo 6 de la directiva frente al Estado o sus emanaciones, con el fin de dejar inaplicada una disposición legal interna que impone límites a la cantidad de la indemnización exigible como compensación (111).

Conviene insistir en que, en nuestra opinión, esta disposición carece de efecto directo. No compartimos en este punto la interpretación que del artículo 6 de la Directiva 76/207 hace parte de la doctrina (112). Si bien la jurisprudencia del TJCE sobre este punto es ambigua, entendemos que el artículo 6 tomado por sí solo representa precisamente una disposición que contiene derechos imperfectos en el sentido que venimos desarrollando, esto es, que concede derechos subjetivos, en este caso a una protección jurisdiccional efectiva, pero no cumple las condiciones clásicas del efecto directo: no es incondicional ni se puede aplicar, tal y como está redactado, sin la intervención de las autoridades nacionales. De hecho, en la propia sentencia *Marshall II* el TJCE condiciona la invocabilidad del artículo 6 a dos requisitos. El primero, una interpretación conjunta con el artículo 5 de la misma Directiva. El segundo, que el Estado haya agotado su margen de discrecionalidad optando por la compensación económica como mecanismo de tutela judicial efectiva. Además, en el considerando siguiente a los que reconocen que dicho artículo se puede invocar ante los tribunales nacionales frente al Estado, el TJCE se remite a lo establecido en *Francovich* señalando que el hecho de que los Estados cuenten con una multiplicidad de medios posibles para conseguir el resultado prescrito por una directiva no excluye la posibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva (113). En relación con el artículo 6, estamos ante un caso similar al de las disposiciones de la Directiva dis-

(110) As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*, cdos. 35 y 36

(111) As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*, cdos. 37-38.

(112) LIROLA DELGADO, *loc. cit.*, pág. 25; *vid. igualmente* PLAZA MARTÍN, *loc. cit.*, pág. 45.

(113) Asuntos acumulados C-6 y 9/90, *loc. cit.*, cdo. 17.

cutida en *Francovich*, en la que el TJCE declaró expresa e intencionadamente que carecían de efecto directo, pero que, no obstante, debían gozar de tutela judicial efectiva por contener derechos identificables con suficiente precisión. El TJCE podía haber declarado de manera clara que el artículo 6 gozaba de efecto directo, pero no lo hizo, quizá para evitarse eliminar la relevancia de toda su jurisprudencia anterior relativa al efecto directo de las directivas y declarar la equiparación de toda disposición que contenga derechos subjetivos sin importar su mayor o menor grado de precisión. Bien es cierto que el resultado final es el mismo: garantizar la efectividad de los derechos subjetivos, precisos e incondicionales o no, mediante la tutela judicial de los mismos. Creemos, sin embargo, que en el estado actual de la jurisprudencia, aún no se ha producido la equiparación, aunque se está andando el camino.

Era ésta una buena ocasión para que el TJCE se explayara en la delimitación y clarificación del principio introducido en su sentencia *Francovich*. Sin embargo, *Marshall II* es una sentencia insuficiente que deja incierto el futuro. En ella el TJCE insiste en hacer referencia al hecho que la compensación total ha de ser otorgada de acuerdo con las normas nacionales aplicables, pero sin definir el marco limitativo en el que éstas pueden actuar ni responder a los problemas que la doctrina ha desarrollado. El TJCE parece, sin embargo, optar por una posición liberal y generosa respecto de los límites de la compensación, aunque carente de concreción. La falta de directrices deberá ser subsanada en breve en sus sentencias a los asuntos ahora pendientes. Esperemos que para evitar un complejo y heterogéneo arco de soluciones a nivel nacional, que desvirtuarían el principio de uniformidad del Derecho Comunitario, el TJCE elabore una respuesta debidamente razonada para dar credibilidad y sustancia a un principio, que si bien es en sí mismo positivo, está en una etapa de consolidación determinante para su madurez. Para ello la referencia a los regímenes nacionales puede resultar de gran ayuda.

4.1.3.4. *La responsabilidad patrimonial estatal en derecho comparado*

Si bien en nuestro país el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado es, al menos en teoría, ampliamente generoso al consagrar la responsabilidad directa y objetiva de la administración por daños causa-

dos por el mero funcionamiento de los servicios públicos (114), en una perspectiva de derecho comparado vemos que la mayoría de los regímenes nacionales adoptan, en general, posiciones moderadas intentando conciliar el interés público con los derechos subjetivos de los particulares, admitiendo por ello ciertos límites a la misma (115). Cabe igualmente recordar en que el TJCE aplica criterios igualmente moderados en los casos en los que se plantea la responsabilidad extra-contractual de las instituciones comunitarias al amparo del artículo 215 CE.

A la vista de la ausencia de una regulación comunitaria específica en la materia, esto es, «*en el estado actual del Derecho Comunitario*», si asumimos que todos los sistemas legales nacionales están basados sobre principios democráticos y de Estado de Derecho, es de presumir que sus regímenes de responsabilidad de la administración responden plenamente a dichos principios y por ello ofrecen ya, convenientemente compensados el interés público y el interés particular, un tratamiento legítimo de este tema (116). En clave de principio hay que considerar que, tal y como Snyder señala, la regulación de la responsabilidad estatal es, en todo sistema jurídico, un símbolo político y legal que debe por lo tanto ser juzgado con cautela (117).

Es por ello que entendemos que, aun a riesgo de parecer conservadores, el exigir en base al Derecho Comunitario una responsabilidad patrimonial objetiva de la administración sería inadecuado en el momento actual por varias razones. En primer lugar ello traería como resultado la interposición de un número elevadísimo de reclamaciones que penalizaría excesivamente las haciendas públicas nacionales, incluso cuando éstas hubieran actuado en la creencia de que operaban lícitamente. No olvidemos que la transposición incorrecta de los términos de una directiva, lo cual puede ser una cuestión de matices interpretativos, podría desencadenar la responsabilidad y no es ciertamente el Derecho Comunitario derivado siem-

(114) Para un examen exhaustivo *vid.* ALONSO GARCÍA: «Rapport Espagnol», en FIDE: *La Sanction des Infractions au Droit Communautaire*, Lisboa, 1992, 153 y ss.

(115) Para un análisis general de los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado en la CE, *vid.* SCHOCKWEILER, WIVENES & GODART: «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne» (1990), 26 *RTDE* 27; STEINER, *loc. cit.*, y con más detalle FIDE, *op. cit.*

(116) *Vid.* STEINER, *loc. cit.*, págs. 12 y ss.

(117) SNYDER, *loc. cit.*, pág. 45 y las referencias doctrinales por él citadas.

pre un dechado de claridad. Tal y como señala la doctrina británica y el propio TJCE en relación con el artículo 215 CE, la responsabilidad ilimitada de carácter objetivo coacciona indebidamente la predisposición de los poderes públicos a ejercer su discrecionalidad en decisiones que afecten al interés general (118). Se ignoraría igualmente el tratamiento que de este tema hacen la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos. ¿Cómo justificar que la infracción de una norma comunitaria pueda desencadenar la responsabilidad ilimitada del Estado, mientras que una norma nacional, que puede regular situaciones jurídicas de mayor trascendencia para los particulares sólo produzca una responsabilidad limitada de acuerdo con las reglas nacionales aplicables? Por último, y en este punto nos alineamos con la opinión del abogado general Mischo, es difícilmente justificable, salvo que de la responsabilidad patrimonial se pretenda más como castigo por el incumplimiento, incluso de buena fe, que como instrumento de justicia, que el TJCE impusiera un régimen de responsabilidad más estricto a las autoridades nacionales por infracciones del Derecho Comunitario que el que exige en su jurisprudencia de las instituciones comunitarias en virtud del artículo 215 CEE. Entendemos por ello que debe ser una línea más cauta la que habría de marcar la pauta interpretativa, pues de otra manera la reacción a nivel nacional puede ser negativa. Ello no obsta para que se exija que la eventual compensación económica sea de carácter suficiente y proporcional para asegurar su eficacia como sustituta del goce pleno del derecho subjetivo transgredido, lo cual dependerá de cada caso concreto.

5. LAS DOCTRINAS DEL EFECTO DIRECTO, DEL EFECTO INDIRECTO DE LAS DIRECTIVAS Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Factortame I y *Francovich* son sin duda contribuciones fundamentales a la jurisprudencia del TJCE sobre la tutela efectiva de los derechos subjetivos comunitarios. Al igual que las doctrinas del efecto directo e indirecto, responde a un doble objetivo: el aumentar el grado de eficacia del Derecho Comunitario en los ordenamientos jurídicos internos y, en segundo lugar, la protección judicial de los derechos subjetivos comunitarios. ¿Cómo se interrelacionan e interactúan ambas líneas jurisprudenciales? La sentencia *Francovich*, y su secuela *Marshall II*, se referían a disposi-

(118) Vid. sobre este punto BARAV y GREEN, *loc. cit.*; CRAIG (1993), *loc. cit.*

ciones sin efecto directo. ¿Quiere ello decir que en estos casos sólo se puede reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado infractor como única solución para la protección de los derechos imperfectos ignorados? ¿Hasta qué punto *Francovich* modifica la operación de ambas doctrinas? En relación con nuestra discusión anterior referida al artículo 6 de la Directiva 71/207, ¿qué diferencias existen en relación con las medidas de tutela judicial efectiva exigibles para las disposiciones con efecto directo y aquellas disposiciones comunitarias que sin gozar de efecto directo por la imprecisión de su redacción o por tratarse de un litigio exclusivamente entre particulares, engendraban derechos subjetivos, esto es, derechos imperfectos en la terminología arriba propuesta? El análisis de estas cuestiones ocupará las siguientes párrafos.

5.1. *La tutela judicial efectiva de los derechos imperfectos*

Con anterioridad a las sentencia *Francovich*, ratificada por las decisiones *Marshall II* y *Wagner Miret* (119), algunos autores postulaban que el TJCE había limitado la aplicación del principio de tutela judicial efectiva únicamente a los preceptos de Derecho Comunitario con efecto directo (120). Esta posición ha quedado superada tras *Factortame I*, donde la obligación de garantizar medidas cautelares fue impuesta para la protección de expectativas de derechos aún sin declarar, y más claramente en *Francovich* y *Marshall II*. Esta jurisprudencia hace patente que el test del efecto directo resulta ya insuficiente para la determinación de las obligaciones que se derivan del principio de tutela judicial efectiva para los Estados miembros y extiende el principio de tutela judicial efectiva a las normas sin efecto directo. Ahora, el resorte que hace saltar el mecanismo de aplicación del principio lo constituye la intención de las normas comunitarias relevantes de conferir derechos subjetivos que sean identificables en base al texto de las mismas, con independencia de que sus términos literales sean precisos e incondicionales. Tal y como señala *Franco-*

(119) As. C-334/92, *Wagner Miret c. Fondo de Garantía Salarial*, sentencia de 16 de diciembre 1993, aún sin publicar, discutida *infra*. Su texto íntegro en castellano puede verse en esta *Revista* 1994-2, págs. 585 ss.

(120) En opinión de Oliver, los órganos nacionales competentes quedaban sujetos a la obligación de garantizar una tutela judicial efectiva sólo cuando el litigio versara sobre derechos subjetivos contenidos en disposiciones precisas e incondicionales. OLIVER (1987), *loc. cit.*, pág. 884; IDEM: (1992), *loc. cit.*, pág. 353.

vich (121), bastará con demostrar que de su tenor literal se puede discernir el contenido de los derechos. Si ello es el caso, la tutela judicial efectiva debe igualmente ser asegurada a estos derechos «imperfectos», aunque, como veremos, con matices diferentes que justifican la diferenciación con las disposiciones con efecto directo. Como ya señalamos anteriormente, esta interpretación no sólo abarca en nuestra opinión disposiciones de una directiva, sino cualquier otra disposición de Derecho Comunitario originario o derivado.

Ahora bien, ¿cómo ha de articularse esta tutela judicial en la práctica y cómo se imbrica la tutela judicial efectiva desarrollada en *Factortame I* y *Franovich* con las doctrinas del efecto directo, vertical y horizontal, y del efecto indirecto de las directivas? Por lo que se refiere a las disposiciones con efecto directo, la situación es clara. De acuerdo con la posición tradicional del TJCE, por su naturaleza precisa e incondicional, los derechos subjetivos que confieren son, por definición, claramente identificables y lógicamente se benefician automáticamente de la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva en términos absolutos, siempre y cuando se pretendan hacer valer ante el Estado (efecto directo vertical), además de las obligaciones que se derivan de la sentencia *Constanzo* para la administración pública (122).

En el caso de que se trate de derechos imperfectos, esto es ni precisos ni incondicionales, o bien se intenten hacer valer frente a otros particulares (el denominado efecto directo horizontal, expresamente rechazado por el TJCE en sus sentencias *Marshall I* y *Marshall II*) la posición del TJCE había sido que esos derechos imperfectos sólo se beneficiaban para

(121) Vid. igualmente As. C-271/91, *Marshall II*, loc. cit., cdo. 37, y As. C-334/92, *Wagner*, loc. cit. Esta posición se intuía ya en el asunto *Enichem* (As. 380/87, *Enichem Base & others v. Comune Cinisello Balsamo*, Rep. 1989, 2491), en la que TJCE fue requerido para pronunciarse sobre si, en virtud del Derecho comunitario, los poderes públicos estaban obligados a indemnizar los perjuicios que sus infracciones de Derecho comunitario causaren. El TJCE no entró a resolver esta cuestión, pues estimó que la Directiva en cuestión no pretendía conferir derechos subjetivos a los particulares. El TJCE ni siquiera se planteó si las disposiciones de la Directiva cumplían con las condiciones para gozar de efecto directo, esto es, si sus disposiciones eran precisas e incondicionales, limitándose sencillamente a constatar que no era el objetivo de la directiva el crear derechos.

(122) As. 103/88, *Fratelli Constanzo v. Comune di Milano*, Rep. 1989, 1829, comentada en FERNÁNDEZ MARTÍN y PELLICER ZAMORA: «Las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública» (1990), 78 *GJ de la CEE*, Serie B-90, abril 1990, 3.

su protección judicial de la denominada doctrina del efecto indirecto. Esta doctrina, iniciada en las sentencias *Von Colson y Harz*, obliga a los órganos jurisdiccionales internos a interpretar las normas nacionales aplicables, en la medida de lo posible, conforme al espíritu y objetivos de la directiva sin efecto directo (123). Lo más lejos a lo que ha llegado el TJCE en el desarrollo de esta doctrina es a obligar a los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de interpretar las normas de derecho nacional aplicables, sean posteriores o anteriores a la directiva a «hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (124). Esta posición conlleva varias insuficiencias. El problema de base es que «hacer todo lo posible» es un concepto indeterminado cuya eficacia práctica dependerá de la buena voluntad o entendimiento del juez nacional. Como bien concuerda la mayoría de la doctrina, lo que parece claro es que, a tenor de la sentencia *Marleasing*, no se le puede exigir al juez nacional que aplique la Directiva entre particulares —con la consiguiente discriminación según el demandado se trate de una persona privada o pública— (125) o que tutele un derecho subjetivo imperfecto si la norma nacional aplicable está abiertamente en conflicto con el espíritu y la letra de esta última, aunque pueda hacerlo si lo estimare apropiado (126). Ello resultaba en una aplicación no uniforme de los preceptos comunitarios, no

(123) As. 14/83, *Von Colson*, *loc. cit.* (vid. igualmente el As. 79/83, *Harz*, *loc. cit.*).

(124) As. 14/83, *Von Colson*, *loc. cit.*, cdo. 28, y en especial As. C-1906/89, *Marleasing v. La Comercial de Alimentación*, Rep. 1990, 4135. Conviene resaltar que en *Marleasing* el TJCE, después de establecer el principio, lo aplicó sin ambages y declaró que la ley nacional debía dejarse inaplicada, pues se oponía abiertamente a lo dispuesto en la Directiva y no cabía interpretación conforme (en pág. 4159). Ningún espacio dejó al juez nacional, quien, a la vista de la sentencia del TJCE, aplicó la Directiva entre los litigantes, ambas personas jurídicas privadas, ignorando las disposiciones relevantes del Código Civil. Sentencia núm. 70 del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de 23 de febrero de 1991.

(125) Vid. en este contexto la polémica suscitada en el Reino Unido precisamente por este motivo a raíz de la sentencia de la *House of Lords* en *Duke v. GEC Reliance* [1988], 2 *WLR* 359. Para una discusión doctrinal, vid. SZYSZCZAK: «Sovereignty: Crisis, Compliance, Confusion, Complacency?» (1990), *ELRev* 480, págs. 484 y ss., y las referencias doctrinales hechas por la autora.

(126) Vid. la sentencia de la *House of Lords* en *Lister v. Forth Dry Dock and Engineering Co Ltd.* [1989], 2 *CMLR* 194.

ya a nivel de la CE, sino incluso dentro de un mismo Estado y a una eventual falta de protección de un derecho subjetivo comunitario (127). Las insuficiencias de esta doctrina han sido ampliamente discutidas por la doctrina, por lo que en aras de la brevedad nos referimos a ella (128).

Esta situación cambia a partir de *Francovich*. Las obligaciones de «interpretación conforme» impuestas por el efecto indirecto sobre los jueces nacionales quedan superadas por la necesidad de asegurar otras medidas más efectivas de tutela judicial. En otras palabras, la obligación de la tutela judicial efectiva engloba y supera la doctrina del efecto indirecto. En estos casos, la operación del principio de tutela judicial no es, sin embargo, automática, pues *Francovich* exige que el contenido de los derechos subjetivos de carácter impreciso y condicional sean identificables en base a las disposiciones que los contienen. Corresponde a los particulares argumentar ante los jueces nacionales que tal es el caso. Ello implica ciertamente que, en última instancia, la protección judicial de estos derechos imperfectos dependerá de la manera en que las normas que se quieran aplicar estén redactadas (129). Será labor del TJCE en futuras decisiones el determinar el grado de precisión necesario para que disposiciones sin efecto directo puedan considerarse como contenedoras de derechos identifi-

(127) En nuestro país, sin ir más lejos, mientras que el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya estimó oportuno plantear una cuestión prejudicial en el As. C-334/92 *Wagner Miret*, *loc. cit.*, y aplicó en consecuencia la jurisprudencia del TJCE, el de Madrid, en un caso idéntico, falló en sentido opuesto. Para un análisis del caso, que incluye además una posición crítica acerca de la sentencia posterior del Tribunal Constitucional, *vid. CARRERA HERNÁNDEZ*: «La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho Comunitario (Comentario a la sentencia TC español 180/1993, de 31 de mayo, en el asunto FOGASA)» (1994), 21 *RIE* 171.

(128) «As. C-106/89 *Marleasing*, *loc. cit.*» noted by STUYCK y WYTTINCK (1991), 28 *CMLRev* 205, y MEAD (1991), 16 *ELRev* 490; GALMOT & BONICHOT: «La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national» (1988), *Revue Française de Droit Administratif* 1, pág. 20; CURTIN (1990), *loc. cit.*; DE BURCA: «Giving effect to Community directives» (1992), 55 *MLR* 215; DAL FARRA: «L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité» (1992), 28 *RTDE* 634; SIMON, *loc. cit.*; STEINER, *loc. cit.*; SCHOCKWEILER (1992), *loc. cit.*; SNYDER (1993), *loc. cit.*; PLAZA MARTÍN, *loc. cit.*

(129) Así, para algunos, una disposición que meramente recoja un derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares podría no satisfacer la segunda condición establecida por el TJCE en *Francovich*. GILLIAMS, *loc. cit.*, pág. 307. *Vid. también* TEMPLE-LANG, *loc. cit.*, pág. 33. Aunque tras *Marshall II* esta posición es dudosa.

cables. Sería deseable que no se adoptara un criterio excesivamente rígido, ya que ello reduciría considerablemente la relevancia práctica de *Francovich*. En efecto, si la segunda condición de *Francovich* es interpretada restrictivamente, existe el riesgo de que sólo aquellos derechos imperfectos que no satisfagan el test del efecto directo en un punto menor se beneficien del principio de tutela judicial efectiva. En este caso, la innovación principal que supone *Francovich*, esto es, la extensión del principio a disposiciones sin efecto directo, quedaría vaciada de sustancia práctica, aunque después de lo establecido en *Marshall II* no parece que tal vaya a ser la actitud del TJCE.

5.2. *Las medidas de tutela judicial efectiva.* *La sentencia Wagner Miret*

La cuestión inmediata que surge es: ¿qué tipo de medidas de tutela efectivas son necesarias a la vista de la jurisprudencia analizada? La respuesta es aportada por la sentencia *Wagner c. Fondo de Garantía Salarial* (130), que a la espera de la resolución de los asuntos *Factortame III* y *Brasserie du Pêcheur* (131), constituye la última aplicación práctica de la doctrina *Francovich*.

Se trató de una cuestión prejudicial iniciada en nuestro país por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya cuyos hechos concernían igualmente la Directiva debatida en el caso *Francovich* (132). Ninguna medida de transposición había sido adoptada en tanto en cuanto las autoridades competentes habían estimado que la legislación española aplicable con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva respondía satisfactoriamente a las disposiciones y requisitos de ésta (133). La cuestión prejudicial bus-

(130) As. C-334/92, *Wagner Miret*, *loc. cit.* Comentada por LIROLA DELGADO, *loc. cit.*, págs. 26 y ss. y reiterada en el As. C-91/92 *Paola Faccini Dori*, Sentencia de 14 junio 1994, aún sin publicar en el Rep., pero su texto íntegro puede verse en este mismo número de la *Revista*, págs. 1025 ss.

(131) Asuntos acumulados C-46-48/93 *Factortame III* y *Brasserie du Pêcheur*, pendientes ante el TJCE.

(132) *Vid. supra* pág. 200.

(133) En concreto, el Gobierno español entendía que el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores instituyendo el Fondo de Garantía salarial, garante subsidiario del pago de los salarios debidos por insolvencia del empresario, se adecuaba esencialmente a lo exigido por la norma comunitaria de referencia. Sin embargo, para el caso del personal de alta dirección, la normativa reguladora de las garantías aplicables no operaba ninguna remisión al artículo 33 del Estatuto. En vista de ello,

caba clarificar, en primer lugar, si el demandante, el señor Wagner Miret, estaba cubierto por la Directiva en cuestión y, en segundo lugar, y en caso de que la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, si debía considerársele legitimado para reclamar del Fondo de Garantía Salarial, la institución de garantía prevista por la legislación española aplicable, el pago de sus retribuciones salariales impagadas por la insolvencia del empresario, o si, subsidiariamente, de la Directiva se derivaba su derecho a reclamar del Estado la satisfacción de los daños y perjuicios sufridos por causa de una transposición incorrecta de la Directiva.

Después de analizar el texto de la Directiva, así como las exclusiones permitidas a su ámbito de aplicación, el TJCE concluyó que el demandante debía entenderse cubierto por la regulación comunitaria y por lo tanto amparado por su régimen de garantía. Por lo que respecta a la segunda cuestión, de mayor interés para nuestro análisis, el TJCE repitió sus conclusiones en el asunto *Francovich* y negó el efecto directo a ciertas disposiciones de la Directiva (134). Los derechos contenidos eran de carácter imperfecto, por lo que los particulares no podían reclamar su ejecución directa y específica ante los órganos jurisdiccionales nacionales (135).

No obstante, la jurisprudencia sobre el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos de origen comunitario analizada hasta este momento desplegaba todos sus efectos: en primer lugar, el juez nacional debía, aplicando la doctrina del efecto indirecto, intentar una interpretación conforme a los requisitos de la Directiva de la legislación nacional aplicable. Según el TJCE, ello se impone especialmente en aquellos casos en los que las autoridades nacionales han estimado que el derecho interno pre-

la jurisdicción de lo social de Barcelona entendió que el beneficio de la protección del Fondo de Garantía no se extendía al personal directivo, desestimando la demanda interpuesta por el señor Wagner Miret, alto ejecutivo de una empresa quebrada, que exigía del Fondo el pago de sus salarios pendientes. La sentencia desestimatoria fue recurrida ante el Tribunal Superior de Catalunya, quien planteó la cuestión prejudicial.

(134) *Vid. supra* pág. 201.

(135) En el caso español, la falta de especificidad de la Directiva en lo referente a las características de la institución nacional de garantía, implicaba que los Estados destinatarios no estaban obligados a crear una única institución responsable con carácter general frente a todos los trabajadores asalariados. Este margen de apreciación reconocido a las autoridades nacionales impedía que el señor Wagner Miret pudiera válidamente exigir del Fondo de Garantía salarial el pago de las retribuciones debidas. As. C-334/92, *Wagner Miret, loc. cit.*, cdos. 17, 18 y 19.

existente respondía plenamente a las exigencias de la norma comunitaria de referencia (136). Si tal interpretación conciliadora no fuera posible, como ocurría en el caso que nos ocupa, es entonces cuando, en última instancia y como pieza de cierre del sistema de protección de los derechos subjetivos de origen comunitario, corresponde aplicar la jurisprudencia *Francovich* y establecer la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios que se puedan haber ocasionado por la no transposición o transposición incorrecta de las normas comunitarias contenidas en la directiva y que han impedido el goce pleno y efectivo de los derechos imperfectos que incluían.

Las sentencias *Factortame I*, *Francovich* y *Wagner Miret* deben interpretarse conjuntamente como manifestaciones concretas del principio de eficacia y no independientemente la una de la otra (137). La tutela judicial efectiva puede por lo tanto materializarse en innumerables formas, desde la concesión de medidas provisionales tendentes a asegurar el goce de un derecho *prima facie* existente pero no firme, hasta una compensación por daños y perjuicios como sustituto del goce pleno del derecho subjetivo original. Tal y como parece indicar *Wagner Miret*, que se refiere a la concesión de daños como la última opción, la responsabilidad patrimonial debe ser contemplada como una alternativa a otras medidas que puedan asegurar el goce pleno del derecho subjetivo ignorado y que deben ser decididas por los órganos jurisdiccionales que conozcan del litigio dentro del margen de discrecionalidad del que dispongan, siempre, claro está, dentro de los parámetros impuestos por el TJCE (138). Sólo en el caso de que los particulares no puedan ser restablecidos en la situación jurídica resultante si el ilícito no se hubiera cometido se debería recurrir a la compensación por daños. Este punto de vista ya se intuía en las afirmaciones del TJCE en *Francovich*, según las cuales, en virtud del artículo 5 CEE los Estados miembros están obligados a «eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho Comunitario» (139).

En efecto, si entendemos que el objetivo primordial de la tutela judi-

(136) As. C-334/92, *Wagner Miret*, *loc. cit.*, cdo. 21.

(137) CURTIN (1992), *ILJ*, *loc. cit.*, pág. 79.

(138) El abogado general Mischo manifestó que el punto crucial era que los Estados miembros quedaban obligados a proveer a los particulares con sistemas de recurso judicial adecuados para la protección de sus derechos comunitarios, siendo la compensación económica una alternativa entre otras para la consecución del goce efectivo de los derechos debatidos. Conclusiones, asuntos acumulados C-6 y C-9/90, *Francovich*, *loc. cit.*, cdo. 66.

(139) Asuntos acumulados C-6 y C-9/90, *Francovich*, *loc. cit.*, cdo. 36.

cial es el garantizar el pleno goce de los derechos subjetivos, la compensación por daños debería constituir la última opción, ya que cualquier otro remedio más inmediato que asegure el ejercicio o protección del derecho original es preferible. Y ello por razones no sólo teóricas, sino prácticas, ya que el cálculo del equivalente económico de ciertos derechos puede ser de difícil o incluso imposible determinación. A ello hay que añadir los diversos requisitos procesales a cumplimentar que hacen que una sentencia por daños tarde varios años en ejecutarse. Parece mucho más razonable el atribuir cierto margen de discreción a los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de decidir que mecanismos de tutela judicial han de ser utilizados para garantizar el respeto de los derechos comunitarios controvertidos, otorgando por ejemplo medidas cautelares, que limitar sus posibilidades de acción a la condena por daños y perjuicios a la administración pública (140).

5.3. *La sistematización de la jurisprudencia* (141)

De toda la jurisprudencia del TJCE sobre la tutela judicial efectiva analizada se desprende la siguiente pauta de actuación para los órganos jurisdiccionales nacionales llamados a resolver una disputa en la que se alega la violación de supuestos derechos subjetivos de origen comunitario: si los derechos subjetivos se encuadran en una disposición con efecto directo, se aplicará ésta directamente al litigio si se hace valer frente al Estado, dejando inaplicadas cualquier disposición nacional contraria. En caso que ello no sea posible, se sustituirá el goce de los derechos que contiene por una indemnización económica que satisfaga completamente y de forma eficaz los daños sufridos. En la eventualidad de que el demandado sea otro particular, excluido el efecto directo horizontal, los jueces nacionales deberán interpretar «positivamente», a la luz de los objetivos de la disposición comunitaria, la legislación nacional, anterior o posterior, tal y como exigen la jurisprudencia del llamado efecto indirecto, *Von Colson* y *Marleasing*. Deberán actuar de esta misma manera en el caso de que se trate de derechos imperfectos, esto es, recogidos en disposiciones sin efecto directo, después de haberse asegurado en primer lugar que la

(140) En este sentido se expresa TEMPLE-LANG, *loc. cit.*, pág. 26.

(141) *Vid.* igualmente PLAZA MARTÍN, *loc. cit.*, y LIROLA DELGADO, *loc. cit.*

disposición en cuestión pretende la atribución de derechos subjetivos y que el contenido de los mismos puede ser determinado en base a dichas disposiciones y ello con independencia de la naturaleza pública o privada del infractor.

Si el conflicto entre la norma nacional y la comunitaria sin efecto directo vertical o sin efecto directo alguno es irresoluble en base a una interpretación positiva, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán asegurar la aplicación de un remedio que proteja efectivamente el derecho controvertido. Llegados a este punto, se abre un abanico de posibles soluciones en las que la naturaleza del demandado juega papel determinante. Si se trata del «Estado», entendido en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del TJCE, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar un remedio judicial efectivo, esto es, que asegure el pleno goce por su titular del Derecho Comunitario y que puede implicar, según los casos, la responsabilidad por daños y perjuicios de la administración frente a los demandantes. Esto último, claro está, siempre que se demuestre el nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos y el incumplimiento estatal de sus obligaciones comunitarias. Si el demandado fuera en cambio una persona física o jurídica que se está beneficiando de una infracción del Estado de sus obligaciones comunitarias, éste, por ser causa originaria, puede verse castigado a compensar económicamente los daños y perjuicios que se deriven de la actuación del demandado particular, siempre de manera eficaz y cubriendo completamente los perjuicios sufridos. Aun es más, como concuerda la mayoría de la doctrina, la sentencia *Francovich* extiende la obligación hasta el punto de imponer a los órganos jurisdiccionales nacionales la creación de recursos judiciales efectivos cuando éstos no existan en la legislación procesal nacional (142). Resumiendo, el principio es la eliminación de las consecuencias ilícitas lo que implica que los medios a través de los cuales esto se consiga son de importancia secundaria, a la discreción del juez nacional, siempre que garanticen la efectividad de la tutela y que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueden finalizar en una condena al Estado de pago de daños y perjuicios.

(142) SCHOCKWEILER (1992), *loc. cit.*, pág. 47; ROSS, *loc. cit.*, pág. 68; y en especial el exhaustivo análisis de Craig, donde examina las posibles soluciones en el contexto del Derecho británico (1993), *loc. cit.*

6. CONCLUSIONES

La jurisprudencia analizada no puede ser más que bienvenida, si bien serían necesarias algunas aclaraciones y matizaciones para solventar los puntos oscuros analizados. Todo incremento de las garantías judiciales de los derechos subjetivos es siempre deseable aunque en un contexto como el comunitario ello ha de desarrollarse con cautela y sobre la base de argumentos sólidos que salven la coherencia interna de la jurisprudencia del TJCE. De lo contrario se dificultaría su recepción en los Estados miembros. En cualquier caso, no parece exagerado el equiparar estas sentencias en lo referente a su trascendencia con otras decisiones «constitucionales» del TJCE, tales como *Van Gend en Loos* o *Simmenthal*. Estas últimas son los exponentes clásicos de una primera generación de sentencias que definían, apuntalaban y desarrollaban los principios reguladores de los conflictos materiales que emergían de la integración de los ordenamientos jurídicos nacionales y el supranacional (tales como la jerarquía normativa, la aplicabilidad y efecto directo de las disposiciones de Derecho Comunitario), mientras que la jurisprudencia *Factortame I* y *Franovich* resuelven, si bien parcialmente, los conflictos procesales que aparecen en un segundo nivel del proceso de integración. Establecidos y asumidos los principios jurídicos de integración material, *Factortame I* y *Franovich* —aunque no exclusivamente— consolidan los principios procesales que han de regir la aplicación y ejecución de las jerárquicamente superiores normas de Derecho Comunitario. De esta manera, se establece, a nivel teórico, la vía procesal para hacer efectivos los principios materiales, y solventar los problemas prácticos que el goce de los derechos subjetivos comunitarios plantean a nivel nacional.

Si bien es indudable que el TJCE ha ido bastante lejos en la aplicación del principio de tutela efectiva, requiriendo la creación de vías procesales efectivas para garantizar el goce de los derechos comunitarios, también es cierto que existen límites importantes a su plena eficacia. Las insuficiencias de la protección judicial en algunos Estados miembros se derivan no de la inexistencia de recursos judiciales o de una desarrollada concepción teórica de la protección judicial, sino de la ineficacia o parálisis, debido a factores exógenos (falta de medios materiales y personales), de la estructura judicial misma para poner en práctica dicha concepción teórica. Sería ilógico que el requisito de

eficacia se llevara hasta el punto de declarar contrarios a las exigencias del Derecho Comunitario aquellos sistemas de protección judicial ineficaces por motivos meramente estructurales. El TJCE no debe imponer criterios de efectividad que no puedan ser razonablemente cumplidos por las administraciones nacionales en buena fe. Ello, aparte de ser poco realista, complicaría el difícil equilibrio político entre las obligaciones originadas en el nivel supranacional y los medios de los que pueden disponer las autoridades nacionales para respetarlas. Igualmente, la protección de los derechos subjetivos de origen comunitario deberá, según los casos, compaginarse con otros bienes jurídicos dignos de protección, tal como el interés general, que el propio TJCE tutela en sus decisiones, a la hora por ejemplo de conceder medidas cautelares. En el mismo sentido, como se apuntó al estudiar las consecuencias de la sentencia *Francovich*, el derecho a una indemnización debería ser moderado, a imagen de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos nacionales. Parece políticamente irrazonable el obligar a los Estados miembros a modificar profundamente sus sistemas jurisdiccionales con el sólo objetivo de asegurar la tutela judicial efectiva a derechos subjetivos comunitarios e ignorar otros, originados en derecho interno, de quizá mayor relevancia.

Ello no obsta para que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se pueda concluir que el TJCE obliga a los Estados miembros a introducir, al menos formalmente, las modificaciones indispensables para el establecimiento de un sistema que, si se opera correctamente, pueda asegurar la eficacia. En otras palabras, los mecanismos formales de tutela judicial han de ser provistos por las autoridades nacionales, no solo legislativas, sino también judiciales, y consideraciones legales internas no deben obstaculizar, o imposibilizar, la fluida aplicación de dichos mecanismos. En este sentido cabría preguntarse si el mantenimiento de la obligatoriedad del recurso administrativo previo en nuestro país no podría considerarse un obstáculo superfluo para una tutela judicial efectiva en tanto en cuanto retrasa innecesariamente el acceso de los particulares al orden jurisdiccional.

No quedaría completo este análisis si no hiciéramos algunas consideraciones relativas a la cada vez menos lógica diferenciación entre el efecto directo horizontal y el vertical. Las razones por las que el TJCE ha insistido en negar el efecto directo horizontal de las disposiciones de una directiva son fundamentalmente dos. Una relativa a la aplicación del prin-

cipio *nemo auditur*. Desde la sentencia *Ratti* (143) quedó patente que junto con el reforzamiento del «efecto útil» o naturaleza vinculante de las disposiciones de una directiva, la doctrina del efecto directo apuntaba a castigar la negligencia o mala fe de los Estados miembros en el cumplimiento de sus obligaciones de transposición (144). De esta misma filosofía parece inspirarse la jurisprudencia *Francovich*, que tras el establecimiento de la obligación de compensar económicamente, busca el incrementar la presión sobre las autoridades nacionales para que adopten todas las medidas necesarias para dar fin a los objetivos de las directivas. En segundo lugar, la negación del efecto directo horizontal parece justificarse en consideraciones de seguridad jurídica. No era requisito para la entrada en vigor de las directivas que éstas fueran publicadas, si bien se procedía en la práctica comunitaria a su publicación. Sólo adquirirían vida legal una vez que fueran incorporadas al derecho interno. Un particular afectado en sus actividades por las disposiciones de una directiva no tenía porqué conocer la existencia de la misma si su Estado no había adoptado las medidas necesarias de incorporación. Aceptar que un ciudadano que de buena fe se ajustaba en su comportamiento a la normativa nacional, si bien contraria a la directiva, pudiera verse demandado por infringir normas de una directiva publicada graciosamente en el *DOCE* llevaría a situaciones claramente injustas. Si bien el primer razonamiento no ha perdido su vigencia, sí lo ha hecho este último desde el momento en que el nuevo Tratado de la Unión exige explícitamente en la modificación del artículo 191 CE que las directivas deberán ser publicadas. Todo particular, por lo tanto, tiene la posibilidad de conocer el derecho con independencia de la posible negligencia de su Estado miembro. La seguridad y transparencia jurídica quedan, pues, garantizadas respecto de las directivas con la nueva regulación, tal y como ocurre con los reglamentos.

(143) As. 148/78 *Pubbllico Ministero v. Ratti*, Rep. 1979, 1629. Vid. PELLICER ZAMORA y FERNÁNDEZ MARTÍN, *loc. cit.*

(144) Por lo que se refiere a la evolución de la doctrina del efecto directo y de su filosofía inspiradora, *vid. inter alia* WINTER: «Direct applicability and direct effect. Two distinct and different concepts in Community law» (1972), 9 *CMLRev* 425; DASHWOOD: «The principle of direct effect in European Community law» (1978), 16 *JCMS* 229; EASSON: «Can directives impose obligations on individuals?» (1979), 4 *ELRev* 67; PESCATORE: «The doctrine of direct effect: an infant disease in Community law» (1983), 8 *ELRev* 155; MANN: «L'invocabilité des directives: quelques interrogations» (1980), 26 *RTDE* 669; FERNÁNDEZ MARTÍN y PELLICER ZAMORA, *loc. cit.*, págs. 7 ss.

Respecto del primer razonamiento, el reconocimiento del efecto directo horizontal, tantas veces reclamado por la doctrina (145), haría caer la balanza del lado de la protección de los derechos subjetivos frente a la hoy predominante filosofía justificadora del efecto directo basada en la máxima *nemo auditur*. Esta nos parece una solución más deseable a la vista del proceso de integración política y jurídica que algunos pretenden en la Comunidad, en especial a partir del Tratado de Maastricht. Si se quiere dar contenido a conceptos como el de ciudadanía europea y empujar a la CE a una mayor integración política a imagen de los Estados constitucionales, el desarrollo de tutela judicial efectiva ha de justificarse conceptualmente en sus propios valores intrínsecos, esto es, como vehículo de protección de los derechos de los particulares, y no ser utilizada con carácter instrumental para punir la negligencia estatal en el cumplimiento de sus obligaciones, filosofía que es más propia de contextos intergubernamentales. Compartimos, pues, la opinión del abogado general Van Gerven cuando afirmó en sus conclusiones en el caso *Marshall II* que debería eliminarse la distinción entre el efecto directo horizontal y el vertical, ya que según él «la coherencia de la jurisprudencia del TJCE se beneficiaría si se concediera el efecto directo horizontal a aquellas disposiciones de las directivas suficientemente precisas e incondicionales ... [L]as inconsistencias y distorsiones [*causadas por la jurisprudencia anterior sobre el efecto directo*] pueden ser eliminadas mediante el reconocimiento del efecto directo a las disposiciones suficientemente precisas e incondicionales de las directivas *vis à vis* los particulares sobre los que la directiva hubiera impuesto obligaciones de haber sido correctamente implementada» (146).

(145) Vid. MANGAS MARTÍN: «Problemas y Perspectivas del Ordenamiento Jurídico Comunitario», en *La Crisis del Estado y Europa*, Oñate, 1988 y en «Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en la obra de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. LIÑÁN (dirs.): *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, págs. 55-96..

(146) Traducción libre. Conclusiones en el As. C-271/91, *Marshall II*, *loc. cit.*, cdos. 11 y 12. Vid. igualmente conclusiones del abogado general Lenz en el As. C-91/92, *Paola Faccini Dori* del 9 febrero 1994, aún sin publicar, págs. I-11 y ss., y las referencias ahí realizadas.

RÉSUMÉ

Le principe de protection juridictionnelle effective des droits subjectifs d'origine communautaire. Evolution et portée

L'article examine le développement du principe de protection juridictionnelle effective et ses relations avec le principe général d'efficacité (effet utile) du Droit Communautaire. Les conséquences que la plus récente jurisprudence de la Cour sur la protection juridictionnelle des droits subjectifs d'origine communautaire puisse avoir sur les ordres juridiques internes fait également objet d'analyse. Ainsi, après avoir considéré les décisions les plus osées dans les affaires *Factortame I* et *Francoovich*, on suggère que la base sur laquelle la protection juridictionnelle effective a été développée se trouve dans la bien consolidée jurisprudence concernant le principe de efficacité du Droit Communautaire. Ces décisions ci constituent un développement des obligations imposées aux autorités nationales concernant la protection des droits subjectifs qui va au-delà des conditions exigées par la jurisprudence sur l'effet direct des dispositions du Droit Communautaire. Le test pour activer l'application du principe de protection juridictionnelle effective n'est plus le caractère directement effective des dispositions communautaires applicables, mais le fait que ces dispositions ont l'intention de conférer des droits subjectifs aux particuliers.

Alors que les décisions antérieures de la Cour sur les principes de primauté et effet direct constituaient des moyens pour régler les conflits matériels entre les systèmes normatives nationales et supranationales, les jugements les plus récents, dont l'importance constitutionnelle en est équivalente, adressent les conflits procédurales qui s'originent dans une étape ultérieure du processus d'intégration. Bien que l'amélioration dans la protection des droits subjectifs soit toujours souhaitable, on suggère l'abandon du principe *nemo auditur* comme justification des développements jurisprudentiels examinés en faveur de l'idée d'Etat de Droit, plus en conformité au contexte politique et juridique dans lequel la Communauté s'inscrit.

ABSTRACT

The principle of effective judicial protection of individual Community rights. Its evolution and scope

The article analyses the judicial development of the principle of effective judicial protection and its relationship with the general principle of the effectiveness of Community law. It outlines the possible consequences which recent case-law of the Court of Justice on the protection of individual Community rights may have in the national legal orders. Thus, with specific reference to the far-reaching decisions of the ECJ in the *Factortame I* and *Francoovich* cases, the article submits that the foundations of effective judicial protection are located in the well-established principle of the effectiveness of Community law. It regards these recent decisions as a de-

velopment of the obligations imposed on national authorities with respect to the protection of individual Community rights which goes beyond the requirements already established in the case-law relating to the direct effect of Community provisions. The test to set in motion the application of the principle of effective judicial protection is no longer the directly effective character of the applicable Community rules but their intention to confer individual rights.

While the ECJ's previous decisions on supremacy and direct effect were a means to regulate material conflicts between the national and supranational normative systems, these recent cases, of equal constitutional importance, address procedural conflicts in the application and execution of Community law which arise at a further stage of the integration process. Although any improvement in the protection of individual Community rights is to be welcomed, the article argues in favour of the abandonment of the estoppel principle justification for such developments in favour of the rule of Law rationale more in accordance with the political and legal context in which the Community develops.

NOTAS

