

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS
CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS
NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO.
EVOLUCION JURISPRUDENCIAL RECIENTE

[Comentario a las sentencias de 5 de marzo de 1996 en as. ac. C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur c. R.F.A.* y *Factortame* (*); Asunto C-392/93 *British Telecommunications*, sentencia de 26 de marzo de 1996; y Asunto C-5/94 *Lomas Ltd.*, sentencia de 23 mayo 1996].

Por JOSE M.^a FERNANDEZ MARTIN (**)

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia *Francovich* (1) supuso un avance revolucionario en la jurisprudencia del TJCE encaminada a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que los particulares derivan de las disposiciones de Derecho comunitario. En ella, el TJCE reconoció expresamente el derecho de los particulares a indemnización por los daños y perjuicios sufridos en su patrimonio jurídico por violaciones del Derecho comunitario imputables a un Estado miembro. El TJCE enfatizó que este derecho, no obstante articu-

(*) El texto completo de esta sentencia puede verse en la Sección de Jurisprudencia de este mismo número.

(**) Dr. José M^a Fernández Martín. Queen Mary & Westfield College. Universidad de Londres.

(1) As. ac. C-6-9/90, *Francovich* Rep. 1991, 5537.

larse a través de los sistemas de recurso nacionales, se deriva *directamente* del Derecho comunitario y es condición *inherente* del sistema jurídico comunitario (2). Evidencia de la transcendencia de este principio es el debate doctrinal, y político, que provocó (3). Sin embargo, como ocurre normalmente cuando se introduce un nuevo principio, la sentencia *Francovich* dejaba muchas cuestiones por resolver. Correspondía al TJCE definir los parámetros en los que el principio de responsabilidad patrimonial debía operar, así como sus limitaciones y el papel que los ordenamientos internos debían jugar en su articulación práctica. El TJCE, en una serie reciente de sentencias, ha venido a clarificar la extensión y alcance de dicho principio. El objeto de este comentario es examinar las nuevas, e importantes, aportaciones de esta nueva jurisprudencia, así como reflexionar sobre sus implicaciones.

La decisión más importante ha sido la dictada en los asuntos acumulados *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*. Su relevancia requiere un examen detallado. Esta sentencia se ha visto complementada por otras dos sentencias posteriores. La primera de ellas apareció tan sólo quince días más tarde en el asunto C-392/93 *The Queen and H. M. Treasury, ex p. British Telecommunications*. La segunda fue dictada el 23 de mayo de 1996 en el asunto C-5/94 *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. H. Lomas Ltd*. Su importancia estriba en ser las primeras aplicaciones de los criterios establecidos en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*. Las examinaremos en orden cronológico para luego analizar sus relaciones.

(2) As. ac. C-6-9/90, *Francovich*, cit., cdos. 41 y 35, respectivamente.

(3) Véase la bibliografía citada por FERNÁNDEZ MARTÍN, "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance" (1994) 21 *RIE* 845, en n. 75 o CARANTA, «Judicial Protection against Member States: A new *jus commune* takes Shape» (1995) 32 *CMLRev*, pp. 703-726.

2. ASUNTOS ACUMULADOS C-46/93 Y C-48/93 *BRASSERIE DU PÊCHEUR CONTRA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y THE QUEEN CONTRA SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT, EX P. FACTORTAME LTD. E.A.*

2.1. HECHOS

La sentencia tuvo su origen en dos cuestiones prejudiciales. Por un lado, *Brasserie du Pêcheur*, una cervecera francesa, se vio obligada a interrumpir sus exportaciones a Alemania en 1981 por no cumplir con los "requisitos de pureza" exigidos por la legislación alemana vigente, la *Biers-teuergesetz* (Ley fiscal sobre la cerveza). Esta norma, en aras de la protección de la salud pública y de la protección de los consumidores, prohibía la importación y comercialización de cerveza que contuviera aditivos. Al mismo tiempo, se prohibía la comercialización en el mercado alemán bajo la denominación 'Bier' (cerveza) de aquellas cervezas producidas con métodos distintos a los establecidos en la mencionada ley. En 1987 el TJCE, como resultado de un procedimiento por infracción del Artículo 169 CE, declaró que tales restricciones eran incompatibles con el Artículo 30 TCE (4). En consecuencia, *Brasserie du Pêcheur* inició una acción judicial ante los tribunales internos reclamando del Estado alemán la indemnización por los daños y perjuicios que la aplicación de la ley le había ocasionado entre 1981 y 1987. Conociendo del recurso en apelación, el *Bundesgerichtshof* planteó una serie de preguntas al TJCE con el fin de establecer si el principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violación del Derecho comunitario establecido en *Francovich* era aplicable al litigio en cuestión y, de ser así, en qué condiciones. En concreto el órgano jurisdiccional alemán solicitaba aclaraciones sobre si *Francovich* era de aplicación a violaciones imputables al poder legislativo por no adaptar, en su momento, la normativa vigente a los requisitos del Derecho comunitario. El tribunal nacional informó al TJCE que la reclamación por daños y perjuicios era inadmisibles en base exclusiva al derecho interno. El resto de las cuestiones preliminares se referían al papel que las normas nacionales reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado aplicables a situaciones análogas en derecho

(4) As. 178/84 *Comisión c. Alemania* Rep. 1987, 1227.

interno podían jugar en la aplicación del principio establecido en *Franovich*.

Por su parte el asunto *Factortame*, conocido como *Factortame III*, se sitúa dentro de la saga *Factortame*, que ha provocado tres sentencias y un Auto del Presidente del TJCE sobre distintos aspectos del litigio. El inicio de esta saga se remonta a 1988, cuando varias personas físicas y jurídicas, en su mayoría de nacionalidad española, cuestionaron la compatibilidad con el Derecho comunitario de ciertas disposiciones de la *Merchant Shipping Act 1988* que exigían 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 solicitaron la concesión de medidas cautelares alegando daños irreparables si la ley se les aplicaba pendiente la resolución del recurso judicial interpuesto. 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 (5). En su respuesta a la cuestión prejudicial sobre el fondo, el TJCE declaró que las condiciones sobre nacionalidad, residencia y domicilio eran contrarias al Derecho comunitario, en particular al artículo 52 CE. La *Divisional Court* procedió a la aplicación de la sentencia al caso ante ella pendiente y solicitó de los demandantes que especificaran sus reclamaciones por daños y perjuicios sufridos desde la entrada en vigor de la legislación el 1 abril 1989, hasta su modificación por parte de las autoridades británicas en cumplimiento de un auto del TJCE en noviembre de 1989 (6). Al igual que ocurría en el

(5) La decisión de suspender la aplicación de la legislación cuestionada para evitar daños y perjuicios irreparables a los demandantes fue recurrida por el Ministro de Transportes ante la *Court of Appeal*. El caso llegó finalmente a la *House of Lords*, quien planteó una segunda cuestión prejudicial sobre la cuestión de las medidas cautelares. [1990] 2 AC 85. La referencia al TJCE dio lugar al importante asunto as. C-213/89, *Factortame Ltd. Secretary of state for Transport*, Rep. 1990, I-2433. Para una discusión detallada de este caso y sus implicaciones véase FERNÁNDEZ MARTÍN, (1994) *cit.*, pp. 861 y ss. y la bibliografía ahí citada.

(6) As. 246/89 R *Comisión c. Reino Unido* Rep. 1989, 3125. Paralelamente al desarrollo de los asuntos relativos a las cuestiones preliminares, la Comisión había iniciado en 1989 un acción por incumplimiento bajo el artículo 169 CE contra el Reino Unido, al mismo tiempo que solicitaba del TJCE la adopción de medidas cautelares

caso alemán, el juez a quo estimaba que la aplicación de los principios reguladores de la responsabilidad patrimonial del Estado en derecho inglés, desarrollados a través de la jurisprudencia nacional, no permitían por sí mismos el satisfacer las reclamaciones compensatorias de los demandantes. Por ello solicitó del TJCE que especificara las obligaciones que para él se derivaban de la sentencia *Francovich*. El tenor de las cuestiones era muy similar a las planteadas por el tribunal alemán, de ahí que ambos asuntos fueran acumulados ante el TJCE.

2.2. LA SENTENCIA

2.2.1. *La responsabilidad del Estado por actos y omisiones del poder legislativo contrarios al Derecho comunitario*

El TJCE comenzó por analizar lo que era la cuestión más importante y delicada: saber si el principio de responsabilidad del Estado se extendía a violaciones del Derecho comunitario imputables a los poderes legislativos nacionales. Antes de resolver esta cuestión, tras repetir sus conclusiones en el asunto *Francovich* (7), rechazó la interpretación restrictiva propugnada por varios Estados miembros según la cual *Francovich* sólo operaría como mecanismo para salvar las lagunas que en la protección de los derechos subjetivos comunitarios se producen cuando las normas transgredidas no gozan de efecto directo y por lo tanto no pueden ser invocadas directamente ante los jueces nacionales. El TJCE recordó que era doctrina establecida que el derecho de los particulares de invocar las disposiciones directamente efectivas del Tratado ante los órganos jurisdiccionales nacionales no es más que una garantía mínima y no suficiente para asegurar la efectiva y completa aplicación del Tratado. El efecto directo no puede en toda circunstancia garantizar a los particulares el goce de los

encaminadas a suspender la aplicación de las disposiciones de la *Merchant Shipping Act 1988* relativas a las condiciones de nacionalidad. El TJCE estimó la demanda de la Comisión en ambos casos. Así, respecto a las medidas cautelares, ordenó la suspensión de la aplicación de la mencionadas disposiciones mediante auto de 10 octubre 1989, que el reino Unido hizo efectiva el 2 de noviembre. Igualmente, en su sentencia de 4 de octubre 1991 en el as. C-246/89 *Comisión c. Reino Unido Rep.* 1991, I-4585, el TJCE confirmó la incompatibilidad de dichas disposiciones con el derecho Comunitario, en particular los Artículos 7, 52 y 221 CE.

(7) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factorie, cit.*, cdo. 17.

derechos subjetivos conferidos por el Derecho comunitario y, en particular, impedir que se produzcan daños y perjuicios como resultado de una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro (8). Para el TJCE el principio de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a los supuestos de no trasposición de directivas carentes de efecto directo sino que es igualmente aplicable, *a fortiori*, al caso de disposiciones de Derecho comunitario que gocen de efecto directo. Para el TJCE esta solución ha de imponerse ya que el derecho a reparación en estos casos es el “corolario necesario del efecto directo de la disposición de Derecho comunitario cuya violación ha causado el daño sufrido” (9). Una vez extendido el principio a normas con efecto directo, el TJCE concluyó que la violación de los artículos 30 y 52 del Tratado CE son susceptibles de dar lugar a indemnización en base al Derecho comunitario al gozar ambas disposiciones de efecto directo (10).

Especial mención merecen las alegaciones del gobierno alemán en las que cuestionaba la legitimidad del principio establecido en *Francovich*. En esencia el gobierno alemán acusaba al TJCE de activismo judicial. Por un lado el legislador comunitario se había abstenido de establecer la responsabilidad general de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario. El Tratado de la Unión Europea tampoco había introducido dicho principio. Extender el principio de responsabilidad por daños causados a los particulares por violación del Derecho comunitario más allá del supuesto de hecho que se daba en *Francovich* no sería compatible ni con el reparto de poderes establecidos por los Tratados ni con el principio de equilibrio institucional. Más aún, la instauración de tal principio general por vía pretoriana, sin contar con las instituciones comunitarias dotadas de poder legislativo, en particular el Consejo y el Parlamento, lesiona su legitimidad democrática (11).

El TJCE contraatacó reafirmando su jurisdicción para conocer de la existencia y límites de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por violaciones de sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario.

(8) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 20, repitiendo sus conclusiones en *Francovich*.

(9) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 22. En el mismo sentido se expresó el Abogado General Léger en sus Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas* de 20 junio 1995, todavía no publicadas en la Recopilación, cdo. 86.

(10) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, cit., cdo. 23.

(11) Rapport d'audience, as. ac. C-46/93 y 48/93, cdo. 32, texto sin publicar.

rio. La base jurídica para reclamar tal competencia la encuentra el TJCE en su misión, derivada del mandato general contenido en el artículo 164 CE, de garantizar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación” del Tratado. Para cumplir esta misión, el TJCE puede recurrir a los métodos de interpretación generalmente aceptados y, en particular, hacer referencia a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, tal y como se deduce del artículo 215 CE regulador del principio de la responsabilidad extra-contractual de las instituciones comunitarias (12). Según el TJCE, el principio de responsabilidad patrimonial no expresa más que un principio general que es familiar a todos los ordenamientos jurídicos nacionales según el cual toda omisión o acción ilícita da lugar a la obligación de reparar el perjuicio causado. Tal principio es de aplicación igualmente a las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. El TJCE consagra definitivamente de esta manera, en una argumentación que recuerda la utilizada para incorporar los Derechos y Libertades Fundamentales al Derecho comunitario aun a falta de mención expresa en el Tratado de Roma (13), la responsabilidad patrimonial del Estado como principio general del Derecho comunitario, enmarcado en el principio de tutela judicial efectiva. El hecho que los Tratados no contengan disposiciones específicas a este respecto no impide, por lo tanto, que tal principio se introduzca vía los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, cuyo desarrollo se inspira en los principios generales aplicables en los ordenamientos de los Estados miembros. Es por estas razones por las que el principio es “*inherente*” en el sistema del Tratado.

Habiendo reafirmado de esta manera la naturaleza independiente del principio como principio general de Derecho comunitario, el TJCE pasó a extender su ámbito de aplicación a cualquier violación del Derecho comunitario de la que un Estado miembro sea responsable, con independencia del órgano del Estado a cuya acción u omisión sea imputable el ilícito, incluso en el caso de que el autor de la violación sea el poder legislativo nacional (14). Para el TJCE tal conclusión se apoyaba en dos argumen-

(12) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 27

(13) Un análisis detallado de la jurisprudencia que incorpora los Derechos Fundamentales como principios generales del Derecho comunitario puede verse, *inter alia*, en CRAIG y DE BÚRCA, *EC Law. Text, Cases and Materials*, cap. 7, Oxford 1995.

(14) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 36.

tos. En primer lugar, la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho comunitario implica que la obligación de reparación no puede hacerse depender de la regulación nacional relativa a la separación de los poderes constitucionales. En segundo lugar, citando las conclusiones del Abogado General Tesauro (15), hizo referencia al principio de Derecho Internacional Público según el cual el Estado, como sujeto de Derecho Internacional, se contempla como una entidad única a los efectos de determinar la responsabilidad internacional por violaciones de las normas de Derecho Internacional, siendo irrelevante qué poder del Estado, el legislativo, ejecutivo o judicial, haya sido el origen último del ilícito internacional que causa la responsabilidad. De la misma manera, en Derecho comunitario, el hecho de que la acción u omisión sea imputable al poder legislativo no puede afectar a las exigencias inherentes a la protección de los derechos que los particulares derivan del Derecho comunitario, protección que se materializa en un derecho a la tutela judicial efectiva contra los perjuicios causados por la violación del Derecho comunitario (16).

2.2.2. *Las condiciones bajo las que el Estado puede incurrir en responsabilidad patrimonial por actos y omisiones del poder legislativo contrarios al Derecho comunitario*

El TJCE elaboró a continuación las condiciones que han de darse para que se derive el derecho a indemnización garantizado por el Derecho comunitario. El TJCE aprovechó la puerta abierta dejada en *Francovich* al mantener que “los requisitos necesarios para que una violación del Derecho comunitario genere un derecho a indemnización depende de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado” (17). Haciéndose eco de las alegaciones de los Estados miembros, el TJCE señaló que el principio de responsabilidad estatal bajo *Francovich* había de interpretarse en términos analógicos a los desarrollados con

(15) Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, de 28 noviembre 1995, sin publicar, cdo. 38.

(16) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 35.

(17) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 38 refiriéndose al cdo. 38 de *Francovich*. Muchos autores vieron en esta afirmación la intención del TJCE de limitar en el futuro el alcance del principio de manera que se evitara su aplicación general e indiscriminada. Véase FERNÁNDEZ MARTÍN (1994), cit., p. 874 y n. 96.

respecto a la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias regulada en el artículo 215 CE (18). No sería aceptable, según el propio TJCE, que, en ausencia de una justificación particular, la protección de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario variara dependiendo de que fuera una autoridad nacional o comunitaria la responsable del perjuicio ocasionado (19).

Así enmarcado el problema, el TJCE repasó los requisitos establecidos por su jurisprudencia sobre el artículo 215 CE, en particular los aplicados a los supuestos de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias por perjuicios ocasionados a los particulares por medidas de carácter normativo. Elemento esencial en dicha jurisprudencia es determinar el mayor o menor margen de discreción del que disfrutaban las instituciones comunitarias para materializar mediante actos normativos las distintas políticas de las que son competentes. Para el TJCE, la interpretación restrictiva adoptada en el marco del artículo 215 CE en estos casos de actividad legislativa se justifica en base a dos factores. En primer lugar, el ejercicio del poder legislativo, que se realiza en aras del interés general, no debe verse mediatizado o condicionado por la posibilidad de futuras reclamaciones individuales de daños y perjuicios. En otras palabras, el riesgo que generaría un sistema de responsabilidad extracontractual excesivamente generoso afectaría negativamente la predisposición de los órganos con poder normativo a adoptar actos en el interés general. En segundo lugar, en un contexto legislativo caracterizado por un amplio margen de discrecionalidad, margen que es esencial para la materialización de las políticas comunitarias, la Comunidad no puede incurrir en responsabilidad a menos que la institución correspondiente haya ignorado de manera manifiesta y grave los límites del ejercicio de sus poderes (20).

Lógicamente tales condiciones sólo se aplicarán en el caso en que los poderes legislativos nacionales, al igual que los comunitarios, gocen de margen de discrecionalidad a la hora de ejercer su actividad legislativa en un ámbito gobernado por el Derecho comunitario (21). Con respecto a los

(18) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 47.

(19) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 42.

(20) Tales requisitos han sido establecidos en una constante jurisprudencia a partir del as. 5/71 *Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Consejo* Rep. 1971, 975. Véanse igualmente as. ac. 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77 *HNL et al. c. Consejo*, Rep. 1978, 1209.

(21) El TJCE ilustró su razonamiento refiriéndose a la obligación de los Estados miembros de adoptar, en el plazo estipulado, las medidas necesarias para alcanzar los objetivos de una directiva. En este supuesto, el hecho de que tal competen-

hechos concretos en el origen de las cuestiones prejudiciales, el TJCE reconoció que, en ausencia de normas comunitarias en la materia, ambos poderes legislativos nacionales se encontraban en situaciones comparables a las que se encuentran las instituciones comunitarias cuando adoptan medidas legislativas en el marco de una política comunitaria en la medida que el Derecho comunitario les concedía amplios márgenes discrecionales (22).

En estas circunstancias en las que existe un amplio margen de discrecionalidad, las condiciones para que se derive la responsabilidad estatal por daños causados a un particular por violación del Derecho comunitario son tres. En primer lugar, repitiendo el primer requisito de *Francovich*, la norma infringida debe implicar la atribución de derechos a los particulares. En segundo lugar, y esta es una nueva condición, la violación del Derecho comunitario debe ser suficientemente grave. Con respecto a esta condición, el TJCE, de nuevo en referencia a su jurisprudencia relativa al artículo 215 CE, señaló que se está ante una violación suficientemente grave cuando el Estado miembro (o la institución comunitaria) hayan ignorado de manera grave y manifiesta los límites de su discreción. El TJCE, consciente de que este último concepto es un concepto de difícil determinación sin referencia a las circunstancias concretas del caso, proporcionó a los órganos jurisdiccionales nacionales algunos elementos para determinar si el autor del acto legislativo ha transgredido de manera grave y manifiesta los límites de su discrecionalidad. Entre estos factores a tener en cuenta, el TJCE relacionó, de manera no exhaustiva, la claridad y precisión de la norma ignorada, el margen de discrecionalidad dejado por la norma en cuestión, el hecho que la violación y el perjuicio causado sea intencionado o involuntario, que el error sea excusable o no, el hecho que una toma de posición por parte de una institución comunitaria pueda haber contribuido a la realización del acto o la omisión ilícita (23) o, por último, la adopción de medidas o la continuidad de prácticas nacionales

cia corresponda, de acuerdo con la division interna de poderes, al poder legislativo no afecta en absoluto la responsabilidad del Estado miembro por falta de transposición de la directiva. As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, *cit.*, cdo. 46.

(22) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, *cit.*, cdos. 49 y 50.

(23) El TJCE parece tener en mente el caso en el que contactos con la Comisión acerca de una determinada conducta haya podido inducir a error a la autoridad nacional.

contrarias al Derecho comunitario. En cualquier caso, la infracción deberá ser considerada suficientemente grave cuando exista una sentencia previa del TJCE declarando tal conducta como incompatible con el Derecho comunitario, sea como consecuencia de una acción directa en el marco del artículo 169 CE o de una sentencia dictada como consecuencia de una cuestión prejudicial del artículo 177 CE, o cuando exista una jurisprudencia constante del TJCE de la cual se pueda deducir claramente que el acto en cuestión no es compatible con el Derecho comunitario. El tercer requisito, igualmente contenido en *Francovich*, consiste en la existencia de una relación directa de causalidad entre la violación imputable al Estado y el perjuicio sufrido por el particular lesionado. El TJCE afirmó que correspondía a los jueces y tribunales nacionales comprobar si tal relación de causalidad existe.

Para el TJCE estos tres requisitos son necesarios y suficientes para que se derive la responsabilidad estatal en base al derecho comunitario, con lo que si el órgano jurisdiccional nacional entiende que se cumplen, el Estado incurrirá en responsabilidad y estará obligado a reparar dicho perjuicio. No obstante, el TJCE expresamente declaró que ello no impedía la aplicación de sistemas nacionales de responsabilidad patrimonial del Estado más favorables, esto es, que impusieran condiciones menos estrictas (24).

Pasó el TJCE a comprobar a continuación si tales requisitos se cumplían en los casos pendientes ante las jurisdicciones nacionales. En la medida en que tanto el artículo 30 CE como el artículo 52 CE gozan de efecto directo y, por definición, confieren derechos subjetivos a los particulares, la primera condición quedaba cumplida. En cuanto a la segunda condición, el TJCE, a pesar de que correspondía a los jueces nacionales el evaluar si el incumplimiento era suficientemente grave, entendió útil ilustrar sus afirmaciones con referencia a los hechos concretos del litigio. Respecto al caso alemán, distinguió entre las disposiciones relativas a la prohibición de usar la denominación 'Bier' en el mercado alemán y aquellas que prohibían la importación de cerveza que contuviera aditivos. La primera infracción entraría dentro de la categoría de violaciones no excusables y por lo tanto suficientemente grave al existir sentencias anteriores (25) que evidenciaban con suficiente claridad que la reserva de la

(24) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 66.

(25) El TJCE se refirió a los asuntos 120/78 *Rewe-Zentral* Rep. 1979, 649 (*Cassis de Dijon*) y 193/80 *Comisión c. Italia*, Rep. 1981, 3019 (denominación de "aceto" reservada sólo al vinagre de vino).

denominación 'Bier' a cerveza producida según la normativa alemana era incompatible con el Derecho comunitario. Por el contrario, hasta su sentencia de 1987 declarando contrarias al Derecho comunitario las disposiciones alemanas prohibiendo la importación de cervezas que contuvieran aditivos, no existía una jurisprudencia igualmente definitiva aplicable al caso, por lo que el Parlamento alemán actuó dentro de los límites de discrecionalidad que el Derecho comunitario le concedía (26). Similar apreciación merecieron las disposiciones de la *Merchant Shipping Act*. Las disposiciones que exigían la nacionalidad británica constituían un claro ejemplo de discriminación directa en base a la nacionalidad tajantemente condenado por el Derecho comunitario sin posibilidad de redención. Del tenor de la sentencia, aunque el TJCE no lo manifestara abiertamente, se desprende que la adopción de estas disposiciones por parte del Parlamento británico suponían una infracción suficientemente grave. Por lo que se refiere a las disposiciones estableciendo los requisitos adicionales de la residencia y domicilio en las Islas Británicas, el TJCE señaló que si bien podían existir justificaciones a dichas restricciones admitidas por el Derecho comunitario, el juez nacional, debería considerar, *inter alia*, la posición contraria que la Comisión comunicó a las autoridades británicas en su momento (27).

Respecto al papel que los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro han de jugar en la determinación de la responsabilidad estatal, en aplicación del principio de autonomía procesal establecido en su jurisprudencia más temprana, el TJCE afirmó en *Francoovich* que correspondía a los ordenamientos internos designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos subjetivos comunitarios. Ello abarcaba las condiciones de fondo y forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños. Los límites a esta autonomía procesal de los Estados miembros, igualmente establecido en su jurisprudencia anterior, se deducían del *principio de no discriminación*, por el que las condiciones im-

(26) El TJCE siguió al Abogado General Tesouro quien señaló que en el marco del artículo 30 CE, y teniendo en consideración la amplia gama de posibilidades de justificar tales medidas en base a la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, el Parlamento nacional gozaba de un ancho margen de discrecionalidad. Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdos. 115 y ss.

(27) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 63.

puestas no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, y el *principio de eficacia* que exigía que en cualquier caso las condiciones aplicables a nivel nacional no debían articularse de manera a hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (28). De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, este último principio de eficacia prevalece sobre el de no discriminación (29).

En *Brasserie du Pêcheur* el TJCE halló que las restricciones impuestas por los sistemas nacionales al regular la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados en el ejercicio de su actividad legislativa hacían imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio del derecho a indemnización por los particulares. Dichas restricciones deberían por tanto ceder ante el principio de eficacia (30).

2.2.3. *La posibilidad de supeditar la indemnización a la existencia de culpa*

A la pregunta planteada por el *Bundesgerichtshof* el TJCE, después de hacer hincapié en la diversidad de tratamientos que los ordenamientos

(28) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, cit., cdo. 67, haciendo referencia al cdo. 43 de *Francovich*. Para un examen detallado de esta jurisprudencia véase FERNÁNDEZ MARTÍN (1994), cit. pp. 854 y ss.

(29) Así se desprende de la sentencia S. Giorgio (as. 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio* Rep. 1983, 3595). Véase FERNÁNDEZ MARTÍN (1994), cit., p. 858.

(30) El TJCE entendió que las restricciones que en derecho alemán subordinaban la indemnización por daños causados por una ley que viola una norma jerárquicamente superior, normalmente la Constitución, al hecho que la omisión o el acto legislativo hiciera referencia a una situación individual, no cumplían con el principio de eficacia en tanto en cuanto la actividad del legislativo, en principio, tiene como objeto la regulación de situaciones abstractas y generales y no de un grupo identificable de particulares o categorías de particulares. De la misma manera, la condición que opera en derecho inglés según la cual para que exista responsabilidad del Estado es necesario probar abuso de poder en el ejercicio de las funciones públicas, algo inconcebible en el caso del poder legislativo, no cumpliría con el principio de eficacia pues haría imposible que los particulares pudieran obtener indemnización por violaciones del Derecho comunitario por parte del poder legislativo. As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdos. 71-73. Para una discusión más detallada de las normas nacionales aplicables, véanse las Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit. cdos. 4 y 7 y ss.

jurídicos nacionales ofrecen en relación al concepto de “culpa”, incluyó dicha noción como aspecto del concepto de “suficientemente grave”. En cualquier caso, los órganos jurisdiccionales no pueden, en virtud de la normativa nacional aplicable, supeditar la indemnización por daños y perjuicios a la existencia de culpa (dolosa o negligente) imputable al órgano del Estado responsable del incumplimiento, si ello implica ir más allá de lo establecido por el TJCE en relación con la condición de que el incumplimiento sea suficientemente grave. En breve, si la noción de culpa aplicada en derecho nacional es relevante para determinar, dentro de los parámetros impuestos por el TJCE, la “suficiente gravedad” del incumplimiento, entonces sí pueden ser aplicados. De lo contrario, no habrán de ser tenidos en consideración.

2.2.4. *Los criterios para la determinación de la cuantía de la indemnización*

Varias de las cuestiones prejudiciales se referían a los criterios para determinar la cuantía de la indemnización y hasta que punto los criterios aplicables en derecho nacional eran relevantes. El TJCE declaró en principio que, para garantizar la tutela efectiva de los derechos subjetivos comunitarios, la indemnización había de ser “equivalente al” (*commensurata*) perjuicio causado. Ahora bien, en ausencia de normas de Derecho comunitario, correspondía a los jueces nacionales en aplicación de su normativa nacional el establecer los criterios para determinar la cuantía de la indemnización, siempre que, claro está, esos criterios no sean menos favorables que los aplicables a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y que no hagan imposible o excesivamente difícil la obtención de la indemnización. El TJCE estimó oportuno clarificar alguno de estos posibles criterios e hizo referencia a la posibilidad de limitar la cuantía de la indemnización en el caso de que el particular lesionado no hubiera actuado con diligencia razonable para evitar la producción del daño o limitar sus consecuencias y en particular, prosiguió el TJCE, tomar en consideración si el particular aprovechó a su debido tiempo todas las vías legales disponibles para evitar la materialización o agravamiento del daño. De lo contrario el particular habrá de soportar el daño sin posibilidad de indemnización. Esta posible limitación se justifica según el TJCE al ser un principio general común a los ordenamientos jurídicos nacionales, igualmente

aplicable a la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias (31). De las afirmaciones del TJCE se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales cuentan con discreción para limitar el daño en base a estas consideraciones. Aparte de esta posible limitación, el TJCE estableció que la indemnización en base al Derecho comunitario debía incluir compensación por el lucro cesante, aun en el caso de que tal categoría fuera excluida por las normas nacionales aplicables. La aplicación de este criterio nacional restrictivo contravendría el principio de eficacia que limita la autonomía procesal de los Estados miembros. El TJCE estimó igualmente, a instancias de la *Divisional Court*, que el derecho a indemnización en base al Derecho comunitario podría incluir igualmente la imposición de daños con carácter punitivo si tal posibilidad existe en derecho nacional para reclamaciones semejantes en derecho interno (32).

2.2.5. Cuestión relativa al período por el que se ha de indemnizar

El TJCE rechazó de plano que la indemnización en base al Derecho comunitario solo fuera aplicable para los daños surgidos con posterioridad a la existencia de una sentencia firme del TJCE declarando el incumplimiento causante del perjuicio. Si las condiciones suficientes y necesarias establecidas por el TJCE se cumplen, el derecho a indemnización se derivara, con independencia de que se haya dictado sentencia firme declarando que existe el incumplimiento. Lógicamente, la existencia de tal sentencia sería un elemento suficiente para establecer la gravedad del incumplimiento, aunque no necesario. Para el TJCE sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho a indemnización en base al Derecho comunitario y sería contrario al principio de eficacia del Derecho comunitario (33).

Finalmente, el TJCE dejó la responsabilidad de limitar los efectos de la sentencia a los órganos jurisdiccionales nacionales, al ser ellos quie-

(31) Véase el as. 145/83 *Adams c. Comisión* Rep. 1985, 3539.

(32) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 89. En derecho inglés los jueces están capacitados para declarar el pago de daños con carácter punitivo cuando las autoridades públicas actúan de manera especialmente opresiva, arbitraria o inconstitucional.

(33) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 95.

nes, a la vista de la sentencia del TJCE, debían decidir si se cumplían las condiciones para declarar la responsabilidad patrimonial de los Estados afectados y, si fuera el caso, ponderar los efectos de sus sentencias en base al principio de seguridad jurídica aplicable de acuerdo con sus normativas nacionales en la materia. El TJCE finalizó señalando que esta discrecionalidad quedaba igualmente sujeta al principio de no discriminación y de eficacia que limitan la autonomía procesal de los Estados miembros.

3. ASUNTO C-392/93 *THE QUEEN AND H. M. TREASURY, EX P. BRITISH TELECOMMUNICATIONS*

En este asunto el TJCE aclaró qué ha de entenderse como una infracción suficientemente grave. El Reino Unido había incorporado en su derecho interno la Directiva 90/531 relativa a los procedimientos de contratación de entidades que operan en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones (34). La incorporación se había realizado con normas de rango legal y en principio la Comisión había aceptado dichas medidas como conformes a los requisitos del Derecho comunitario. Sin embargo, las normas nacionales de transposición habían interpretado erróneamente una de las disposiciones de dicha directiva (35). *British Telecommunications plc*, (BT) entidad operadora en el sector de telecomunicaciones, interpuso una acción ante la jurisdicción nacional contra el Estado británico por transposición incorrecta a la vez que reclamaba por daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento. BT alegó que la norma de transposición le había impedido ejercer ciertos derechos y que había sufrido daños al verse obligada a cumplir con la normativa comunitaria, mientras que sus directos competidores habían sido ilegalmente excluidos por las normas de transposición. El tribunal inglés planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE al que preguntó si la transposición había sido incorrecta y, en su caso, si un Estado miembro que había transpuesto una disposición

(34) D.O.C.E. 1990, núm. L297/1.

(35) En concreto se trataba del artículo 8 que otorgaba a las entidades afectadas la posibilidad de definir ella mismas qué servicios podían, bajo ciertas condiciones, quedar excluidos del campo de aplicación de la directiva. La norma nacional, sin embargo, procedió a determinar ella misma los servicios excluidos al amparo del artículo 8, así como las entidades operadoras que, en aplicación de dicha exclusión, no debían adjudicar sus contratos según las normas de la directiva.

de una directiva de manera errónea quedaba obligado a indemnizar a los perjudicados por los perjuicios sufridos y en qué condiciones.

El TJCE falló que la transposición del artículo en cuestión había sido incorrecta, con lo que el Reino Unido había incumplido sus obligaciones comunitarias. A nuestros efectos, la cuestión interesante era saber si una vez declarado el incumplimiento, el TJCE aplicaría el principio de responsabilidad estatal por violación del Derecho comunitario y reconocería el derecho de BT a una compensación por los daños y perjuicios sufridos. El TJCE inició su razonamiento reiterando sus afirmaciones en *Francovich*, refinadas en *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, relativas al carácter inherente al sistema del Tratado del principio de responsabilidad patrimonial del Estado y su aplicación a cualquier situación en la que el Estado infringe el Derecho comunitario. A continuación mantuvo que las tres condiciones que han de reunirse para que el Estado pueda ser declarado responsable cuando actúa en un ámbito en el que goza de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar medidas legislativas son de aplicación al caso en que un Estado miembro adopta de manera incorrecta las medidas necesarias para transponer una directiva en su ordenamiento interno. El TJCE justificó este enfoque en base a los mismos argumentos utilizados en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* (36). El TJCE, sin embargo, fue más allá, quizá llevado por su intención de aclarar el alcance de su sentencia anterior, y señaló que “aunque corresponde en principio a los órganos jurisdiccionales nacionales el comprobar las condiciones que gobiernan la responsabilidad patrimonial del Estado por infracciones del Derecho comunitario, en el caso presente el TJCE cuenta con toda la información para examinar si los hechos constituyen un incumplimiento suficientemente serio del Derecho comunitario” (37). Atendiendo a los factores que pueden servir para identificar la gravedad del incumplimiento establecidos en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* y en particular la claridad y precisión de la disposición de Derecho comunitario en cuestión, el TJCE concluyó que la redacción del artículo de la directiva erróneamente transpuesto era poco precisa y que por ello podía ser objeto de diversas interpretaciones, entre ellas la que el Reino Unido le había dado “de buena fe” al incorporarla al derecho interno. Existía pues cierto margen de discrecionalidad a la hora de su interpretación. Igualmente, el hecho de que no

(36) As. C-392/93 *British Telecommunications* cdos. 39 y 40 Véase *supra*, pp. 507 y ss.

(37) As. C-392/93 *British Telecommunications* cdo. 41 (traducción libre).

existiera jurisprudencia del TJCE interpretando tal disposición y la ausencia de intervención por parte de la Comisión cuestionando las normas nacionales de transposición, implicaban que, aunque la transposición había sido en principio incorrecta desde el punto de vista del Derecho comunitario, tal incumplimiento no podía ser calificado como suficientemente grave y por lo tanto susceptible de provocar la responsabilidad patrimonial del Reino Unido, con lo que BT no derivaba un derecho a indemnización en base exclusiva al Derecho comunitario. Aunque el TJCE no lo dijera, se desprende de sus afirmaciones en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* que ello no excluía que tal responsabilidad pudiera derivarse en aplicación de las normas relevantes de derecho interno que fueran más favorables (38).

4. ASUNTO C-5/94 *THE QUEEN V. MINISTRY OF AGRICULTURE, FISHERIES AND FOOD, EX P. H. LOMAS LTD.*

Muy brevemente, los hechos de este caso, en los que el Reino Unido y España se veían comprometidos, son como siguen. El Reino Unido, Estado amante de los animales, rehusaba conceder licencias para la exportación de animales vivos para su sacrificio en mataderos españoles. Según las autoridades británicas, la razón era que, a pesar de que España había adoptado en su momento las medidas necesarias de transposición en derecho interno, las condiciones en la que los mataderos españoles desarrollaban su función no respetaban la Directiva 74/577 cuyo objetivo es reducir al máximo el sufrimiento de los animales antes de ser sacrificados para el consumo. El Reino Unido, en base a informes elaborados por sociedades protectoras de animales españolas y británicas, concluyó que existía un riesgo sustancial de que los animales exportados a España para el sacrificio sufriesen un tratamiento contrario a la directiva. Tras varias rondas de conversaciones entre los responsables españoles y británicos que resultaron en la adopción de medidas de control más estrictas en España y tras la intervención de la Comisión, que entendía que la medida británica era contraria al artículo 34 CE y no era susceptible de justificación en base al artículo 36 CE, el Reino Unido levantó la prohibición de exportación en enero de 1993.

Hedley Thomas Ltd, el demandante en la acción principal, había visto

(38) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 66.

su petición de una licencia de exportación rehusada en 1992 por el Ministerio británico de Agricultura, Pesca y Alimentación, a pesar de que aportó pruebas de que el matadero español al que se dirigía su ganado sí cumplía con los requisitos de la directiva. Ante tal negativa inició acciones legales ante los tribunales nacionales solicitando, en primer lugar, una declaración de que la denegación de su licencia era contraria al artículo 34 CE, y, en segundo lugar, una indemnización por daños y perjuicios sufridos por la imposibilidad de exportar el ganado. La *High Court of Justice* interpuso varias cuestiones prejudiciales al TJCE acerca de la existencia de la infracción alegada y la obligación de indemnizar en base al Derecho comunitario. Igualmente importante en este caso fueron las conclusiones del Abogado General Léger, hecha pública con anterioridad a las del Abogado General Tesouro en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, y en las que la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario fue objeto de un detallado análisis; en algunos aspectos divergente de la postura seguida por el Abogado General Tesouro. Estas Conclusiones influyeron en algunos aspectos de la sentencia *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* (39).

No es necesario examinar en detalle el razonamiento del TJCE acerca del artículo 34 CE. Baste con señalar que la negativa de las autoridades británicas a conceder licencias de exportación fue declarada incompatible con el artículo 34 CE y no susceptible de ser justificada en base al artículo 36 CE (40). El TJCE puso especial énfasis en el hecho de que la negativa se basara meramente en la convicción de que ciertos mataderos españoles incumplían con la directiva y no en pruebas concluyentes que evidenciaran una práctica generalizada contraria a la norma comunitaria (41). Declarado el incumplimiento, el TJCE analizó la cuestión relativa a la indemnización reclamada ante el juez nacional. Es aquí donde radicaba el interés de este caso en relación con *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*. Es decir, conocer si el TJCE aplicaría las mismas condiciones restrictivas a una violación del Derecho comunitario imputable no al legislador nacional sino a la administración pública.

En una sentencia breve, el TJCE se limitó a repetir sus conclusiones en *Franovich* y *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* relativas al carácter

(39) Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.* de 20 junio 1995, sin publicar.

(40) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit. cdo. 21.

(41) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 15.

inherente al sistema comunitario del principio y la importancia de la naturaleza de la infracción (42). Tras recordar las condiciones necesarias para que se derive responsabilidad en aquellos casos en los que las normas comunitarias dejan un amplio margen de discrecionalidad para el ejercicio de opciones legislativas, señaló que tales condiciones eran también aplicables a las circunstancias del caso en cuestión (43). El hecho de que fuera el poder ejecutivo el responsable de la violación y que ésta consistiera en un acto individual y no un acto normativo general no mereció comentario alguno por parte del TJCE (44). El TJCE pasó a continuación a comprobar si tales condiciones se cumplían. La primera condición quedaba satisfecha pues, como ya había sido establecido en la jurisprudencia anterior, el artículo 34 CE atribuye derechos a los particulares que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger (45). En relación con la segunda condición, la existencia de un incumplimiento suficientemente grave, el TJCE explicitó lo que aparecía implícito en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*: que en aquellos casos en los que el margen de discrecionalidad es considerablemente reducido o inexistente, el “mero incumplimiento del Derecho comunitario puede ser suficiente para establecer la existencia de una violación suficientemente grave” (46). En este sentido el TJCE estimó oportuno señalar al tribunal nacional el hecho que el Reino Unido no había justificado su negativa a conceder la licencia solicitada en base a pruebas que demostraran que el matadero español de destino incumplía las normas de la directiva aplicable (47). Con esta referencia el TJCE parece indicar que el incumplimiento alegado reunía las condiciones de gravedad requeridas para activar la responsabilidad del Estado, aunque se cuidó de señalarlo explícitamente, dejando la interpretación en

(42) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 24.

(43) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdos. 25-26.

(44) El TJCE siguió parcialmente las conclusiones del Abogado General Léger quien sugirió que no era lógico establecer diferentes criterios de responsabilidad dependiendo de quien sea autor del incumplimiento. El Estado es responsable único de cualquier violación imputable a cualquiera de sus poderes y por ello los requisitos han de ser los mismos. Sin embargo, Léger reconoció que sería deseable establecer dos sistemas de responsabilidad diferentes según los actos fueran de naturaleza general y abstracta o de naturaleza singular, aunque no desarrolló esta distinción. Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdos. 114-117.

(45) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 27.

(46) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 28.

(47) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 29.

manos del tribunal nacional contrariamente a lo que había hecho en su sentencia en el caso BT (48). En cuanto a la tercera condición relativa a la relación de causalidad, el TJCE señaló, tal y como había establecido en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, que correspondía al juez nacional comprobar si quedaba satisfecha. Finalmente, repitió que si tales condiciones se veían cumplidas, y aunque el derecho a la indemnización se deriva directamente del Derecho comunitario, el Estado debía indemnizar de acuerdo con la regulación interna sobre responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que los principios de no discriminación y eficacia se vieran respetados (49).

5. COMENTARIO

5.1. RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA

Para mayor claridad, parece conveniente, antes que nada, resumir los principios que se desprenden de la jurisprudencia examinada. La responsabilidad patrimonial del Estado por violaciones del Derecho comunitario es un aspecto del principio general de Derecho comunitario de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos comunitarios. Como se desprende de la sentencia *Hedley Lomas*, los mismos requisitos son aplicables a cualquier infracción imputable al Estado con independencia del carácter general o particular del acto y cualquiera que sea el órgano o institución nacional al que el ilícito sea imputable.

No obstante, el derecho de indemnización dependerá de la naturaleza de la infracción. El primer elemento a tener en cuenta es el margen de discrecionalidad dejado por la disposición comunitaria infringida. Cuando la norma sea clara, precisa, y no exista margen de discrecionalidad alguno, o éste sea considerablemente reducido, el simple incumplimiento puede ocasionar la responsabilidad del Estado. El ejemplo típico será el de no transposición de una directiva en el plazo estipulado. En cambio, si la norma infringida otorga un margen de discrecionalidad a las autoridades nacionales o es susceptible, en buena fe, de varias interpretaciones, sólo se producirá el derecho a indemnización si confluyen tres requisitos necesarios. Primero, que la norma atribuya derechos a los particulares, siendo

(48) Véase *supra*, p. 521.

(49) As. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, *cit.*, cdo. 31. Vid. *supra*, pp. 516-517.

irrelevante que la disposición tenga o no efecto directo. Segundo, que el ilícito sea de naturaleza suficientemente grave, entendido este concepto como un abuso manifiesto y grave del margen de discrecionalidad atribuido por la norma. Entre los factores que pueden ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales para evaluar la gravedad de la violación y en consecuencia determinar el derecho a indemnización destaca el no respeto de una sentencia firme declarando el incumplimiento, la existencia de una jurisprudencia clara y constante sobre una misma o similar situación, o la violación directa de alguno de los principios fundamentales del Derecho comunitario no sujetos a excepciones, como por ejemplo el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. El TJCE se refirió de nuevo al margen de discrecionalidad dejado por la norma como factor que puede determinar la gravedad del ilícito, con lo que este requisito parece operar a dos niveles. A este respecto hay que señalar que los poderes legislativos, en la mayoría de los casos en que ejerzan su función en ámbitos sujetos al Derecho comunitario, gozarán en principio de una amplia capacidad de maniobra. Pensemos en las innumerables excepciones o exigencias imperativas en las que, en ausencia de normas reguladoras comunitarias, se pueden justificar las reglamentaciones nacionales indistintamente aplicables no obstante afecten ámbitos sometidos al Derecho comunitario, tales como las cuatro libertades en el mercado interior, por ejemplo (50). Por ello será difícil encontrar, salvo en los supuestos mencionados más arriba, un abuso manifiesto y grave de tal discreción por parte del poder legislativo. Las administraciones públicas, en cambio, dado que a la hora de adoptar actos administrativos están más constreñidas por los imperativos de las normas comunitarias, en especial de carácter secundario, gozarán de menor grado de discreción y por lo tanto podrán incurrir más fácilmente en responsabilidad patrimonial. Finalmente, ha de existir una relación de causalidad entre el perjuicio sufrido y el incumplimiento. Corresponde a los sistemas jurídicos nacionales el determinar los mecanismos procesales para el ejercicio de este derecho siempre y cuando se respeten los principios de no discriminación y, sobre todo, el de eficacia.

Antes de entrar a examinar los aspectos más relevantes de esta jurisprudencia, hemos de mencionar que el primero de los requisitos plantea

(50) Véanse las consideraciones generales en este sentido del Abogado General Tesauro. Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit. cdo. 79.

cuestiones de orden teórico que quedan por resolver. El TJCE requiere la existencia de derechos subjetivos, con independencia de que éstos se hallen contenidos en normas con efecto directo o no. Esta afirmación introduce irremediabilmente la necesidad de una elaboración teórica y jurisprudencial del concepto comunitario de derecho subjetivo que sienta las bases para desarrollos futuros. Tal concepto debe ser definido con carácter general por el propio Derecho comunitario, como es, por otra parte, la práctica jurisprudencial respecto a otros conceptos fundamentales. De no ser así, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario quedaría comprometida al hacer depender la eficacia de una situación jurídica concreta de las diversas clasificaciones y acepciones aplicables a nivel nacional. La definición por lo tanto ha de ser comunitaria, y su elaboración ha de corresponder a la jurisprudencia y a la doctrina. Algunos autores han comenzado a desarrollar este enfoque teórico sobre conceptos autónomos propios, incluidos derechos subjetivos, del sistema comunitario (51).

Igualmente, el papel que las normas nacionales sobre responsabilidad patrimonial han de jugar en la determinación del daño sigue quedando indefinido. El TJCE sólo exige que éstas respeten los principios de no discriminación y de eficacia, en especial éste último. Sin embargo, qué ha de entenderse como eficaz dependerá de cada caso concreto. El TJCE deberá desarrollar una casuística en la que vaya definiendo los criterios que den contenido a esos dos límites. Algunos ya se deducen de la aplicación que el TJCE hace a los hechos en el caso *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, declarando que las normas alemanas y británicas hacían imposible en la práctica el ejercicio del derecho a indemnización y que por lo tanto debían quedar inaplicadas. Así, si se cumplen los requisitos "suficientes y necesarios" establecidos en la jurisprudencia analizada, el derecho a indemnización se deriva en base al Derecho comunitario y ha de hacerse efectivo sin excesivos obstáculos. De hecho el TJCE sólo aceptó en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* aquellas normas nacionales que beneficiaban a los particulares y no aquellas que limitaban su derecho (52). A la espera de nuevas sentencias, parece ser que a la hora

(51) Véase sobre este punto en concreto FERNÁNDEZ MARTÍN, "El efecto directo de las directivas y la protección de los derechos subjetivos comunitarios en la jurisprudencia del TJCE. Intento de sistematización" (1996) *Noticias de la Unión Europea*, núm. 155, 17, p. 23 y la doctrina citada en n. 45.

(52) Véase *supra*, pp. 518-519.

de aplicar las normas nacionales, la actitud ha de ser *in dubio, pro indemnización*.

Relacionado con el punto anterior, la sentencia deja abierta las cuestiones relativas al montante de la indemnización. El TJCE señala que ha de ser equivalente al perjuicio ocasionado en orden a asegurar la tutela efectiva del derecho lesionado, aunque a continuación deja la determinación de la cuantía a las normas aplicables a nivel nacional, siempre que éstas respeten el principio de eficacia, y permite que se modere en base a factores tales como la actitud del particular que sufre el perjuicio. Es interesante hacer notar que el TJCE no hizo referencia alguna a su sentencia *Marshall II*, el caso más importante en este contexto hasta la fecha. En este caso, el TJCE mantuvo que la indemnización debe suponer una compensación *total* de todos los perjuicios y daños sufridos por la víctima, no haciendo referencia a factores moderadores (53). El TJCE estimó que la cuantía ha de compensar *completamente* los daños y perjuicios sufridos por la víctima, incluyendo los intereses que se hayan podido devengar desde la comisión de la infracción hasta el pago del principal (54). En *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* el TJCE obvia cualquier referencia a *Marshall II* y concede una mayor relevancia a las normas nacionales aplicables, lo cual supone un riesgo para la aplicación uniforme del principio. Aun así, estableció que en cualquier caso la compensación no puede excluir el lucro cesante, por lo que las normas nacionales que no lo permitan o hagan su obtención excesivamente difícil no cumplirían con el principio de eficacia. Igualmente, si en derecho nacional se contempla para situaciones similares la posibilidad de daños con carácter punitivo, éstos han de admitirse de manera paralela para las infracciones de Derecho comunitario. Parece intención del TJCE de seguir una interpretación generosa en relación con la concesión de daños, siempre y cuando se hayan superado previamente los “obstáculos” que suponen los tres requisitos necesarios. La jurisprudencia del TJCE en el marco del artículo 215 CE puede ser relevante en este sentido. De hecho, el TJCE ha admitido la obligación de la Comisión de compensar por daños morales (55).

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

(54) *Ibid.*

(55) As. 145/83, *Adams*. *cit.*

5.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES LEGISLATIVOS

La aportación más polémica de la sentencia *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, es la de extender el principio "inherente al sistema jurídico comunitario" de responsabilidad establecido en *Francovich* a incumplimientos imputables al poder legislativo. El TJCE ha introducido este principio como principio derivado exclusivamente del Derecho comunitario, y en particular, de las necesidades del principio de tutela judicial efectiva de los derechos comunitarios, con independencia de los regímenes internos. Si bien desde un punto de vista jurídico esta conclusión se deduce lógicamente, ya que la efectiva protección de los derechos subjetivos requiere, en última instancia, satisfacción económica de los perjuicios sufridos, no cabe duda que esta es una postura polémica en el contexto del sistema supranacional europeo. Como la regulación a nivel nacional demuestra, el tema de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por el poder legislativo suscita delicadas cuestiones de carácter político (56). El poder legislativo encarna la soberanía popular y sus actos gozan de plena legitimidad democrática, de ahí que los Estados miembros o bien excluyen los daños causados por actos legislativos de las reglas generales de responsabilidad patrimonial (57), o bien las condiciones en las que se admite tal responsabilidad son limitativas (58). El TJCE obvia cualquier referencia a la necesidad de legitimación democrática del principio consagrado en su sentencia. De hecho el TJCE pasa de puntillas sobre este problema (59). Que el TJCE establezca como principio independiente de Derecho comunitario la responsabilidad de los poderes legislativos por infracciones de Derecho comunitario no deja de ser una postura arriesga-

(56) Véanse las consideraciones a este respecto del Abogado General Tesouro. Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit. cdo. 35 y ss.

(57) Como por ejemplo Italia, Bélgica y, en general, Alemania y el Reino Unido. Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 98.

(58) Entre otros España, Portugal, Grecia y Holanda. Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 99. De hecho en 1978 por el propio TJCE justificó la interpretación restrictiva de la responsabilidad extracontractual por actos normativos de las instituciones comunitarias haciendo referencia al hecho que en los ordenamientos jurídicos nacionales la responsabilidad por medidas legislativas era excepcional. As. ac. 83, 94/76, 4, 15 y 40/77, *HNL c. Consejo y Comisión* Rep. 1978 1209.

(59) Véase *supra* la respuesta a las alegaciones del gobierno alemán en la que el TJCE afirma su jurisdicción para establecer el principio, pp. 490-492

da, en especial si se tiene en cuenta que el nivel de legitimación democrática del sistema jurídico comunitario, incluido el TJCE, no es el mismo que el que gozan los sistemas y legislaciones nacionales (60).

La argumentación jurídica utilizada por el TJCE para apoyar su posición merece comentario. Siguiendo las conclusiones del Abogado General Tesouro (61), el TJCE recurrió a los principios de Derecho Internacional Público según los cuales el Estado es responsable por cualquier infracción de las normas de Derecho Internacional Público con independencia del órgano o institución nacional causante del mismo. Esta referencia al Derecho Internacional Público no deja de extrañar. Una característica constante de la jurisprudencia del TJCE ha sido la configuración del sistema jurídico comunitario como un sistema de naturaleza *sui generis*. Esta "peculiaridad" del sistema comunitario le ha servido para introducir los conceptos de supremacía y efecto directo (62), y con posterioridad, insistir en su naturaleza "constitucional", alejado de los sistemas clásicos de organizaciones internacionales, a la vez que desarrollaba su propia función en términos análogos a los de un Tribunal Constitucional (63). Ahora, en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* retoma interpretaciones propias de un contexto de Derecho Internacional Público. Ello es aún más sorprendente ya que el mismo resultado interpretativo podría haberse conseguido en base exclusiva al Derecho comunitario. El Estado, a todos los efectos jurídicos comunitarios, ha sido siempre entendido por el TJCE en su jurisprudencia como una única entidad, sin que haya nunca distinguido entre los poderes que lo componen (64). Es más, el TJCE ha declarado

(60) Acerca del déficit democrático véase, por ejemplo, BOYCE, «The Democratic Deficit of the E.C. (1993) 46 *Parliamentary Affairs* 458; sobre el grado de legitimación democrática de la legislación comunitaria, véase MESTMACKER, «On the Legitimacy of European Law» (1994) 58 *Rechts Zeitschrift* 615.

(61) Véase Conclusiones as. ac. C-46 y 48/93, cdo. 38.

(62) As. 26/62 *Van Gend en Loos* Rep. 1963, 1 y as. 6/64 *Costa c. Enel* Rep. 1964, 585.

(63) Véase 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, p. 6102. Sobre esta evolución véase, *inter alia*, MANCINI, "The Making of a Constitution for Europe" (1989) *CMLRev* 595 o GRIMM, "Does Europe Need a Constitution?" (1996) 1 *European Law Journal* 282.

(64) El TJCE ha mantenido que los incumplimientos imputables a la noción de Estado a los efectos del Derecho comunitario incluye "cualquier órgano del Es-

expresamente que los poderes legislativos nacionales están igualmente obligados a cumplir las obligaciones comunitarias (65). La referencia al Derecho Internacional Público puede parecer por lo tanto innecesaria. O bien con este razonamiento el TJCE admite la naturaleza híbrida del sistema jurídico comunitario, explicación poco probable en vista de su jurisprudencia “constitucional” anterior, o quizá, consciente de la trascendencia no sólo jurídica sino también política de su posición, el TJCE estimara conveniente evitar incidir sobre los caracteres constitucionales del sistema comunitario. Esta actitud menos “constitucionalista” y más “internacionalista” del TJCE puede estar influenciada por la postura de algunos Estados miembros, representada con virulencia por el gobierno alemán en sus alegaciones en el caso *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* (66).

Esta actitud más cauta puede explicar también por qué una vez extendido el principio a los poderes legislativos nacionales, el TJCE se concentró, en una actitud salomónica aunque sensata, en restringir su alcance práctico desarrollando las tres condiciones necesarias para que la responsabilidad pueda ser reclamable por los particulares lesionados ante su jurisdicción nacional. Las razones que pueden explicar esta interpretación son dos. En primer lugar, como ya se ha mencionado, sería paradójico que lo que no se admite a nivel nacional o se admite restrictivamente, fuera impuesto ilimitadamente por el sistema jurídico supranacional, carente del mismo grado de legitimación democrática, mediante jurisprudencia del TJCE, y por violación de normas que en su mayoría, si bien son jerárquicamente superiores debido al principio de supremacía, no dejan de consagrar, principalmente, derechos de carácter meramente económico o comercial (67). La segunda razón se encuentra en la propia posición adoptada

tado cuya acción u omisión es la causa del incumplimiento ..., incluso en el caso de de insituciones constitucionalmente independientes” (traducción libre). As. 77/69 *Comision c. Bélgica* Rep. 1970, 243, cdo. 15, as. 8/70 *Comisión c. Italia* Rep. 1970, 966. Véase en este sentido las consideraciones de Léger, Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdos. 112-116.

(65) As. ac. 314 to 316/81 and 83/82 *Procureur de la République v Waterkeyn* Rep. 1982, 4355, cdo. 14, comentado por Chevallier y Constantinesco, (1983) *Dalloz-Sirey*, Jurisprudence, 425.

(66) Véase *supra*.

(67) El Abogado General Léger, en una interpretación “constitucionalista” del sistema comunitario que incidía en la cesión de soberanía realizada voluntariamente por los Estados miembros, no compartía este punto de vista. Según él la especificidad y autonomía del ordenamiento jurídico comunitario respecto de los Estados

por el TJCE respecto de la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias por actos de carácter legislativo. Como la mayoría de los autores concuerdan, la jurisprudencia del TJCE en este campo ha sido restrictiva, imponiendo, a través de la denominada fórmula *Schöppens-
tedt* (68), condiciones estrictas para que se derive la responsabilidad por daños causados por actos legislativos de las instituciones comunitarias. Sería difícilmente aceptable que el TJCE impusiera condiciones menos estrictas a los Estados miembros que las que exige a las propias instituciones comunitarias en situaciones semejantes (69). El propio TJCE, siguiendo al Abogado General Tesauro (70), reconoció en el texto de la sentencia que ésta era la única solución posible (71).

5.3. LAS APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 215 CE A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

El TJCE ha adoptado, por las razones arriba enunciadas, una interpretación paralela a la aplicada en el marco del artículo 215 CE a la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias por adopción

miembros justificaba plenamente la creación de un sistema de responsabilidad propio y exclusivo del Derecho comunitario, no necesariamente vinculado a motivaciones similares a las que subyacen en los ordenamientos jurídicos internos. Su posición, como sabemos, no fue seguida por el TJCE quien prefirió la más diplomática interpretación del Abogado General Tesauro. Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdos. 106-111.

(68) As. 5/71 *Schöppenstedt* cit.

(69) Véanse las alegaciones en este sentido realizadas por los Gobiernos danés, alemán, holandés y británico ante el TJCE, Rapport d'audience, as. ac. C-46/93 y 48/93, texto sin publicar, cdo. 56.

(70) Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit. cdo. 67.

(71) El Abogado General Misho había ya sugerido en sus conclusiones en el caso *Francovich* la conveniencia de esta solución. El TJCE, que entonces no estimó pertinente adoptar las recomendaciones del Abogado General, las reconoce en este caso. También sobre este punto discrepaba el Abogado General Léger, quien, contra la opinión mayoritaria, defendía la postura de que la responsabilidad patrimonial del Estado bajo *Francovich* no debía inspirarse en la jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 215 CE, entre otras razones por su carácter restrictivo, sino que debía basarse en consideraciones autónomas propias. Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdos. 142-146.

de actos legislativos ilícitos (72). Ambas responsabilidades deberán a partir de ahora crecer unidas y ser objeto de los mismo criterios interpretativos. No es este el lugar para examinar en detalle la complicada jurisprudencia del TJCE en este campo (73). Baste señalar que a pesar de haber sido objeto de una evolución hacia posturas más generosas (74), la tónica general ha sido una interpretación altamente restrictiva. Si, como es previsible, la jurisprudencia del TJCE ha de servir como guía en la determinación de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, no es aventurado presumir que la misma línea restrictiva prevalecerá. Lo cual no es en sí mismo criticable, dicho sea cuanto antes, por las razones expuestas por el propio TJCE que justifican un enfoque cauto.

El problema estriba, desde nuestro punto de vista, en que la jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 215 CE ha sido excesivamente celosa en la protección de la actividad legislativa de las instituciones comunitarias, produciendo como consecuencia situaciones de práctica indefensión de los particulares lesionados. Ello ha suscitado merecidas críticas (75). La misma problemática puede surgir en la traslación de los mismos principios a la interpretación de la responsabilidad establecida en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, con lo que los particulares difícilmente obtendrán reparación bajo el nuevo principio cuando los perjuicios tengan su origen en actos u omisiones contrarios al Derecho comunitario imputables al poder legislativo nacional. Pero el TJCE ha ido más allá, y ha negado

(72) Aunque el paralelismo no es absoluto, las condiciones establecidas en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* son, en esencia, reconducibles a los requisitos exigidos para que se deduzca la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias.

(73) Véase HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, third ed., Oxford 1994, cap. 17. Para un análisis crítico 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.*, pp. 330 y ss.

(74) As. ac. C-104/89, C-37/90 *Mulder c Consejo* Rep. 1992, I-3061. Véase en general Hartley, *cit.*

(75) Conclusiones del Abogado general Tesauro en el as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, *cit. cdo.* 63. La extrema dificultad que encuentran los particulares en superar las condiciones establecidas por la jurisprudencia del TJCE se refleja en el hecho de que hasta la fecha tan solo ocho sentencias del TJCE han condenado a las instituciones comunitarias a satisfacer los perjuicios causados por sus actos a los particulares. *Ibid.*, n. 65. Igualmente crítico se muestra el Abogado General Léger, Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, *cit.*, *cdos.* 111 y 145.

el derecho a indemnización a particulares por daños sufridos a raíz de actos de las instituciones no equiparables a opciones de carácter legislativo, adoptados en contextos en los que no existía margen de discrecionalidad apreciable (76). Si la misma línea argumental prevalece, y esta interpretación ha de aplicarse de manera paralela a nivel nacional, incluso para actos del poder ejecutivo carentes de las características de abstracción y generalidad, el resultado puede ser negativo desde el punto de vista de la protección de los derechos subjetivos comunitarios ya que se sacrificaría el principio de tutela judicial efectiva. El TJCE (77), y con mayor claridad los Abogados Generales Tesauro y Léger (78), han derivado el principio de responsabilidad patrimonial del Estado del principio de tutela judicial efectiva. Si este principio ha de respetarse en todas sus consecuencias, un cambio en la jurisprudencia a nivel supranacional sería deseable. Ello no sólo beneficiaría la protección de los derechos comunitarios de los particulares frente a actos de las instituciones comunitarias, sino que paralelamente proveería criterios menos rígidos para la interpretación a nivel nacional al principio de responsabilidad patrimonial establecido en *Franco-vich*. Quizá, como el Abogado General Léger señaló, el TJCE deberá adoptar una posición más acorde con los imperativos de este principio en el futuro (79). Ello sería deseable, si se entiende que el bien principal a proteger es el goce efectivo de los derechos subjetivos.

5.4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INFRACCIONES DEL PODER JUDICIAL

La jurisprudencia analizada implica que todos los órganos e instituciones del Estado pueden, por sus actos u omisiones que infrinjan derechos subjetivos comunitarios, provocar la responsabilidad patrimonial del Es-

(76) Véase la jurisprudencia citada por el Abogado General Tesauro en las Conclusiones del as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 65 y el Abogado General Léger, Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdo. 135, así como las merecidas críticas que realizan ambos.

(77) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 39.

(78) Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdos. 33 y ss; Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdos. 55 y ss, en particular 69 y ss.

(79) Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas Ltd.*, cit., cdos. 135; 145 y ss; 172 y ss.

tado. Ello ha de incluir lógicamente al poder judicial, como tercer poder del Estado por lo que no cabe excluir la posibilidad de que daños causados por decisiones judiciales contrarias al Derecho comunitario puedan ser objeto de reclamación compensatoria. Los órganos jurisdiccionales nacionales están sometidos a obligaciones que se derivan del Derecho comunitario. Entre ellas interpretar su derecho nacional de manera que se garantice la plena eficacia de las normas de Derecho comunitario aplicables (80) o, dentro de los parámetros de los casos *CILFIT* y *Foto-Frost* (81), plantear cuestiones prejudiciales ante el TJCE. Pueden por lo tanto infringir dichas obligaciones y provocar en consecuencia la responsabilidad del Estado miembro (82). Hasta la fecha la Comisión no ha llevado ante el TJCE a un Estado miembro por incumplimientos por parte de sus órganos jurisdiccionales, a pesar de algún caso de confrontación persistente y deliberada por parte de algún órgano jurisdiccional nacional (83). La razón de esta pasividad reside en la prudencia exigida para tratar este delicado asunto, que puede suponer graves problemas de orden constitucional (84). Se cuestionaría indebidamente la independencia del poder judicial y el importante papel que los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan en la aplicación del Derecho comunitario a la vez que se enrarecería el clima de cooperación existente entre las instituciones comunitarias y las nacionales. Por estas razones cabe esperar que, de darse el caso, las eventuales infracciones imputables al poder judicial sean tratadas con especial cautela. En la práctica, esta cautela será sencilla de justificar en tanto en cuanto la función judicial es por definición la de interpretar el derecho y ello siempre implica un margen de apreciación. Sólo en aquellos casos en los que en base a la jurisprudencia previa del TJCE el margen de in-

(80) As. 14/85, *Sabine von Colson y E. Kamman v Land Nordrhein-Westfalen* Rep. 1990, I-4135; as. 79/85, *Harz v Deutsche Tradex* Rep. 1984, 1922; as. 222/84 *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* Rep. 1986, 1651; C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial de Alimentación SA* Rep. 1990, I-4135.

(81) As. 283/81 *CILFIT* Rep. 1982, 3415 y as. 314/85 *Foto-Frost* Rep. 1987, 4199.

(82) DASHWOOD y WHITE, "Enforcement Actions Under Articles 169 and 170 EEC" (1989) 4 *ELRev* 388, p. 391 y la bibliografía citada por los autores.

(83) El caso del *Conseil d'État* francés y la cuestión del efecto directo de las directivas es el ejemplo típico.

(84) Véase en este sentido la respuesta de la Comisión a una pregunta parlamentaria en *DOCE* 1978, núm. C28, Cuestión Parlamentaria 607/78; igualmente SZYSZCZAK, "European Community Law: New remedies, New Directions?" (1992) 55 *MLR* 690.

interpretación sea tan restringido que sólo quepa una solución jurídica, esto es, que no haya margen de discrecionalidad posible y el error sea inexcusable, o en aquellos casos en los que el incumplimiento sea deliberado y persistente, deberían considerarse satisfechas las condiciones establecidas en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* respecto del poder judicial.

5.5. EL POSIBLE EFECTO HORIZONTAL DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Otro aspecto interesante que podría plantearse en el futuro es el del efecto horizontal del principio de responsabilidad patrimonial. Del tenor de la jurisprudencia se deduce que el elemento crucial que justifica el reconocimiento del principio de responsabilidad patrimonial ha sido el principio de eficacia del Derecho comunitario y en particular el de protección efectiva de los derechos subjetivos comunitarios. Esta tutela judicial efectiva puede materializarse en innumerables formas (85). El derecho a indemnización no sería más que la última alternativa al goce efectivo del derecho subjetivo que se afecta, esto es, la sustitución del goce efectivo por su equivalente económico (86). Si esta interpretación es correcta, esto es, si el objetivo fundamental es la protección de derechos que los particulares gozan en virtud del Derecho comunitario y no la sanción al Estado incumplidor, la consecuencia lógica ha de ser el reconocimiento de la aplicación de los mismo principios a aquellas situaciones en las que los derechos subjetivos han sido lesionados por acciones de otro particular, siempre que la disposición infringida *posea efecto directo horizontal*. El caso obvio sería el del artículo 119 CE, que prohíbe la discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, cuyo efecto directo horizontal ha sido explícitamente reconocido por el TJCE. Para algunos (87), el artículo 48 CE regulador de la libre circulación de trabajadores entraría igualmente en esta categoría de normas con efecto directo horizontal. Así, si un particular, en principio obligado a respetar estas normas en sus relaciones con otros particulares, causara a otro particular daños por la viola-

(85) FERNÁNDEZ MARTÍN (1994), cit. pp. 887 y ss.

(86) En este sentido, Abogado General Tesauro, Conclusiones as. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 34. Igualmente FERNÁNDEZ MARTÍN (1994), cit. pp. 887 y ss.

(87) Por ejemplo, STEINER, *EC Law*, 4th ed., p. 30.

ción de dichas disposiciones, el principio de tutela judicial efectiva, del que la responsabilidad por daños no es más que un aspecto, obligaría a áquel, en última instancia, a compensar económicamente a éste *en base exclusiva al Derecho comunitario* (88). Una interpretación diferente que abogara por la limitación del principio a las relaciones particular-Estado cuestionaría el objetivo principal del principio de tutela judicial efectiva: la protección de los derechos subjetivos comunitarios. Esta conclusión se ve apoyada por las afirmaciones del TJCE en la sentencia *Brasserie du Pêcheur* al señalar de manera general que el derecho a indemnización es el “corolario necesario del efecto directo de la disposición de Derecho comunitario cuya violación ha causado el daño sufrido”, sin excluir el efecto directo horizontal (89). Lógicamente este argumento no se aplicaría a normas sin efecto directo horizontal, pues en estos casos los derechos subjetivos se poseen únicamente frente al Estado y no frente a otros particulares. No existiendo obligación entre particulares en base al Derecho comunitario, no se puede derivar derecho de indemnización entre ellos.

Para concluir, los temores de los Estados miembros a un desarrollo excesivamente generoso del principio establecido en *Francovich* se han visto apaciguados por su sometimiento a las condiciones “necesarias” desarrolladas por el TJCE. Por el contrario, el principio se extiende a infracciones del Estado legislador, a pesar de las delicadas implicaciones de tal postura en el contexto comunitario. Una vez más el TJCE establece el principio revolucionario, pero hace concesiones a las legítimas preocupaciones de los Estados miembros reduciendo su alcance práctico. En cualquier caso la jurisprudencia es bienvenida en la medida que clarifica las condiciones en las que se activa la responsabilidad patrimonial del Estado establecida por *Francovich*. Esta jurisprudencia favorece el establecimiento de ciertos principios de Derecho comunitario, cuyos contornos se van perfilando poco a poco, que han de ser de aplicación uniforme en cuanto a sus elementos básicos en toda la Comunidad. La consecuencia de ello es la paulatina construcción de un Derecho Común

(88) En este sentido, VAN GERVEN, “Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?” (1995) 32 *CMLRev* 679, pp. 683 y 699.

(89) As. ac. C-46 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*, cit., cdo. 22. En el mismo sentido se expresó el Abogado General Léger en sus Conclusiones as. C-5/94 *Hedley Lomas*, cit., cdo. 86.

Europeo (90) que nace del Derecho comunitario y que, al integrarse en las culturas jurídicas nacionales, las modifica para acercarlas. Esta jurisprudencia es un nuevo ejemplo de lo que es un elemento único del proceso dinámico de integración europea: la integración a través del derecho.

(90) Idea desarrollada por VAN GERVEN, "Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law of Europe" (1994) 1 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 6.