CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 28 de noviembre de 1995 *

Indice

Hechos, normativas nacionales y cuestiones prejudiciales ..... I - 1067

a) Asunto C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1068

b) Asunto C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1070

Términos del problema y esquema de las conclusiones ..... I - 1074

I. Sobre el principio de la responsabilidad del Estado en el Derecho comunitario: fundamento y alcance ..... I - 1076

a) La afirmación de la obligación de resarcimiento a cargo de los Estados miembros que han infringido el Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la sentencia Francovich y otros y sus antecedentes. ..... I - 1078

b) El principio «comunitario» de la responsabilidad: ¿sólo un medio para colmar una laguna en la tutela de los derechos o bien un principio de alcance más amplio? ..... I - 1082

c) La obligación de indemnización del Estado también por actos del legislador ... I - 1088

II. Sobre los requisitos de la obligación de indemnización a cargo del Estado ..... I - 1095

1. La solución Francovich ..... I - 1097

2. La jurisprudencia relativa al párrafo segundo del artículo 215 ..... I - 1100

3. Los criterios «comunitarios» de los requisitos generales de responsabilidad ..... I - 1104

a) El hecho que causa el daño: infracción de normas comunitarias ..... I - 1105

— Carácter manifiesto y grave de la infracción ..... I - 1106

— La culpa: ¿elemento indispensable? ..... I - 1111

b) La existencia del daño ..... I - 1114

* Lengua original: italiano.

c) El nexo causal ..... I - 1116

— El comportamiento de la víctima del daño ..... I - 1117

— Demanda de indemnización y vías administrativas: ¿independencia o subsidiariedad? ..... I - 1117

4. Los demás requisitos ..... I - 1120

5. Momento en el que surge la obligación de resarcimiento ..... I - 1123

III. Respuestas a las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales *a quo* ..... I - 1124

a) Asunto C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1124

b) Asunto C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1126

Conclusión ..... I - 1128

1. Objeto también de la conocida sentencia Francovich y otros, [1] el tema de la responsabilidad del Estado por violaciones del Derecho comunitario y de la consiguiente obligación de resarcir los daños a los particulares continúa suscitando gran interés. Sin embargo, la citada sentencia no ha aclarado todos los aspectos de dicho tema; muchos son los interrogantes que permanecen abiertos y que también se refieren a aspectos relevantes.

Las cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof (asunto C-46/93) y por la High Court of Justice (asunto C-48/93), que ponen de nuevo sobre la mesa la cuestión relativa a violaciones de normas del Tratado ya declaradas en sentencias anteriores del Tribunal de Justicia, ofrecen, por tanto la ocasión si no de resolver todos los problemas restantes del complejo tema, al menos, de proporcionar más precisiones sobre el mismo, en concreto, respecto a la existencia de responsabilidad del Estado en supuestos distintos a la no adaptación del Derecho interno a Directivas, así como a los requisitos *comunitarios* del derecho de los particulares a obtener el resarcimiento de daños.

La apreciación que se solicita del Tribunal de Justicia guarda conexión con algunos aspectos institucionales importantes y, en concreto, con la relación entre el Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tanto, constituye un ámbito en el que se mide el correcto funcionamiento del sistema jurídico considerado en conjunto.

Hechos, normativas nacionales y cuestiones prejudiciales

2. Para una descripción detallada del marco normativo y de los hechos que han dado

1 — Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357).

origen al presente procedimiento, me remito al informe para la vista, limitándome en estas conclusiones a recordar los aspectos más relevantes para nuestro objetivo.

a) *Asunto C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

3. Brasserie du pêcheur SA, fábrica francesa de cerveza con domicilio social en Schiltingheim (Alsacia), alega que se vio obligada a interrumpir las exportaciones de cerveza a Alemania debido a la no conformidad de la cerveza que fabricaba a los requisitos de «pureza» exigidos por los artículos 9 y 190 de la Biersteuergesetz [2] (Ley del Impuesto sobre la Cerveza; en lo sucesivo, «BStG»). Más concretamente, como se deduce de las observaciones efectuadas en la vista, los continuos controles efectuados por las autoridades alemanas en los establecimientos de los revendedores al por menor y las consiguientes declaraciones de no conformidad de la cerveza de que se trata a los requisitos exigidos, provocaron que el importador alemán exclusivo de la Brasserie se negara a renovar el contrato de distribución.

Tras la sentencia de 12 de marzo de 1987, [3] en la que el Tribunal de Justicia declaró incompatible con el artículo 30 del Tratado la prohibición de comercializar cerveza importada de otros Estados y no conforme con la BStG, la Brasserie du pêcheur demandó a la República Federal de Alemania, reclamando la indemnización del daño ocasionado por tales restricciones de las importaciones correspondiente al período comprendido entre 1981 y 1987, por un importe de 1.800.000 DM, cantidad que consideraba equivalente a una parte del daño efectivamente sufrido. La demanda fue desestimada en las instancias inferiores. Brasserie du pêcheur mantuvo las mismas pretensiones en su recurso de casación ante el Bundesgerichtshof.

4. Este último, que parte de que la violación controvertida constituye una omisión del legislador por no haber efectuado la modificación de la BStG para hacerla conforme con el Derecho comunitario, recuerda que la indemnización de daños se regula, en Alemania, en el artículo 839 del Código Civil en relación con el artículo 34 de la Ley Fundamental alemana. Conforme al párrafo primero del artículo 34 de la Ley Fundamental, «Todo funcionario que, por culpa o negligencia, incumpla las obligaciones que le imponga el ejercicio de su cargo frente a un tercero estará obligado a indemnizar al tercero del daño que le haya causado.» Sin embargo, la primera frase del artículo 839 del Código Civil establece que el funcionario público que, por culpa o negligencia, incumpla las obligaciones que le imponga el ejercicio de su cargo frente a un tercero está obligado a indemnizar al tercero del daño que le haya causado. En el supuesto de que haya obrado negligentemente, responderá del daño solamente cuando la parte lesionada no tenga otra posibilidad de resarcirse.

2 — Ley de 14 de marzo de 1952 (BGBl. I, p. 148), en la versión de la Ley de 14 de diciembre de 1976 (BGBl. I, p. 3341). Conviene recordar que el artículo 10 reserva la denominación de «cerveza» a la fabricada según los requisitos de pureza, enumerados exhaustivamente en el artículo 9 de la misma Ley.

3 — Comisión/Alemania (178/84, Rec. p. 1227).

Por consiguiente, la aplicabilidad de dicho régimen se supedita, además de al ejercicio de una función pública y a la violación de las obligaciones que le impone el cargo, al requisito adicional de la «referibilidad al tercero» (*Drittebezogenheit*) de las obligaciones de su cargo violadas, lo que implica que el Estado sólo es responsable del incumplimiento de aquellas obligaciones inherentes al cargo cuyo ejercicio esté destinado expresamente a un tercero, es decir, tenga por objetivo tutelar el derecho de un tercero. Sin embargo, es precisamente este último requisito el que normalmente no se cumple cuando se trata de un ilícito legislativo, comprendido el ilícito del presente asunto. [4] Como destaca el órgano jurisdiccional *a quo*, de hecho, con la BStG el legislador ha impuesto cargos relativos a la colectividad y no en particular a un individuo o grupo de individuos que pueden ser considerados como terceros en el sentido de las citadas disposiciones. [5]

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional *a quo* señala que en el presente asunto tampoco puede configurarse una responsabilidad del Estado como consecuencia de una intervención ilegítima de la autoridad pública equiparable a la expropiación, principio elaborado por la jurisprudencia del Bundesgerichtshof. [6] En opinión del órgano jurisdiccional *a quo*, tal conclusión se impone en la medida en que el principio de que se trata no permite, según tal jurisprudencia, la compensación de los perjuicios derivados de leyes contrarias a la Ley Fundamental, a la que se podría asimilar la compensación de los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación comunitaria. Por otra parte y en cualquier caso, en el presente asunto no se ha producido ninguna intervención en una situación del demandante que esté protegida por el Derecho patrimonial.

5. Por considerar que el Derecho alemán no proporciona ninguna base para estimar la demanda de indemnización presentada por la demandante, el Bundesgerichtshof ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con objeto de que se determine si el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares a consecuencia de la violación del Derecho comunitario que le son imputables, tal y como se deduce de la sentencia Francovich y otros, antes citada, puede aplicarse al asunto pendiente ante el mismo. Más concretamente, se pregunta al Tribunal de Justicia si:

«1) El principio de Derecho comunitario por el que el Estado está obligado a indemnizar los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables, ¿también es aplicable cuando tal violación consiste en que una Ley formal aprobada por el Parlamento nacional no ha sido adaptada a las normas de rango superior del Derecho comunitario [en este caso, la no adaptación de los artícu-

4 — De hecho, al ilícito del legislador (*legislatives Unrecht*) se aplica el mismo régimen que regula la responsabilidad de la Administración pública (*Amtshaftung*). Precisamente este es el motivo de que la posibilidad de resarcir los daños derivados del ilícito legislativo, extremo actualmente muy controvertido en Alemania, resulte admitido por todos cuando se trata de «leyes acto» (*Einzelgesetze*) o bien respecto a un acto normativo como un plan de ordenación urbana (*Bebauungsplan*).

5 — El panorama que se descubre no es, por tanto, muy distinto del que se considera típico únicamente del Derecho italiano, relativo a la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

6 — Véase BGHZ (Repertorio de la jurisprudencia del Bundesgerichtshof en materia civil), 90, pp. 17 y ss., especialmente, pp. 29 y ss.

los 9 y 10 de la Biersteuergesetz alemana al artículo 30 del Tratado CEE]?

2) ¿Puede el ordenamiento jurídico nacional establecer que el posible derecho a indemnización esté sujeto a las mismas limitaciones que se admiten en los casos en que la Ley interna es contraria a Derecho interno de rango superior, por ejemplo, cuando una simple Ley federal alemana infringe la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania?

3) ¿Puede el ordenamiento jurídico nacional subordinar el derecho a indemnización a la concurrencia de culpa (por acto intencional o por negligencia) por parte de los órganos estatales responsables de la no adaptación?

4) En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión y negativamente a la segunda cuestión:

a) ¿Puede limitarse la obligación de indemnizar, conforme al ordenamiento jurídico nacional, a la indemnización de los daños causados a determinados bienes jurídicos individuales, por ejemplo, la propiedad, o bien tal obligación exige la compensación completa de todas las pérdidas patrimoniales, incluido el lucro cesante?

b) La obligación de indemnizar ¿exige también la reparación de aquellos daños que ya se habían producido antes de que, mediante sentencia de 12 de marzo de 1987 (asunto 178/84), el Tribunal de Justicia declarara que el artículo 10 de la Biersteuergesetz alemana era contrario a Derecho comunitario, que es de rango superior?»

b) *Asunto C-48/93 (Factortame III)*

6. La demanda de indemnización de daños ocasionados por la aplicación de la Merchant Shipping Act 1988 (Ley de 1988 de la Marina Mercante), demanda presentada por los 97 demandantes en el procedimiento principal, constituye la continuación del conocido asunto Factortame, del que me limitaré a recordar los pasajes fundamentales.

Recordaré, en primer lugar, que la Ley controvertida establecía la creación de un nuevo registro de buques de pesca británicos y, por tanto, también de los ya inscritos en el registro anterior. En particular, el nuevo sistema de matrícula, obligatorio a partir del 1 de abril de 1989, imponía requisitos más severos

de nacionalidad, de residencia y de domicilio de las personas jurídicas y naturales de quienes fuere propiedad efectiva el buque. De no cumplirse tales requisitos, dichos buques de pesca no podían matricularse en el nuevo registro y, por consiguiente, no eran autorizados a faenar bajo pabellón británico.

El nuevo sistema de matrícula fue impugnado ante la Divisional Court, que, mediante resolución de 10 de marzo de 1989, suspendió su aplicación mediante una medida cautelar la cual, a continuación, fue anulada por la Court of Appeal. [7] Inmediatamente después, la Divisional Court formuló diversas cuestiones prejudiciales sobre el Derecho comunitario propuestas por los demandantes, respecto a las cuales el Tribunal de Justicia se pronunció en su sentencia de 25 de julio de 1991. [8] En ella el Tribunal de Justicia afirmó que requisitos de nacionalidad, de residencia y de domicilio de los propietarios de buques pesqueros como los previstos por el nuevo sistema de matrícula creado en el Reino Unido eran contrarios al Derecho comunitario, en especial, al artículo 52 del Tratado.

Respecto a la presunta incompatibilidad de la misma Ley con el Derecho comunitario, aunque limitado al requisito de la nacionalidad, la Comisión, en el ínterin, había interpuesto contra el Reino Unido un recurso conforme al artículo 169 del Tratado. La propia Comisión también había solicitado la suspensión provisional, mediante la adopción de medidas provisionales, de la aplicación de la Ley, solicitud que fue estimada por el Tribunal de Justicia mediante auto de 10 de octubre de 1989. [9] Como consecuencia del mismo el Reino Unido procedió a una modificación parcial de la Ley controvertida, con efectos de 2 de noviembre de 1989. A continuación, mediante sentencia de 4 de octubre de 1991, [10] el Tribunal de Justicia declaró que, al exigir dichos requisitos de nacionalidad de los propietarios de buques de pesca, el Reino Unido había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 7, 52 y 221 del Tratado.

Ya el 2 de octubre de 1991, en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Factortame II (C-221/89), la Divisional Court había dictado una resolución mediante la que permitía la matriculación de los buques pesqueros de 79 demandantes e instó a estos últimos a precisar su demanda de indemnización frente al Secretary of State for Transport. Posteriormente, mediante resolución de 18 de noviembre de 1992, la Divisional Court autorizó a varias sociedades y a algunas otras personas a intervenir en el procedimiento y/o a formular demandas de resarcimiento; también autorizó a Rawlings (demandante número 37) a modificar su demanda de indemnización con objeto de incluir en ella una reclamación de daños y perjuicios «disuasorios» por comportamiento inconstitucional de las autoridades públicas (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*).

7 — A este respecto y para completar la exposición, debe recordarse que, a consecuencia del recurso interpuesto por los demandantes ante la House of Lords, esta última, mediante resolución de 18 de mayo de 1989, planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales relativas al alcance de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales en materia de medidas cautelares cuando se alegan derechos basados en el Derecho comunitario. En la sentencia de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, «Factortame I» (C-213/89, Rec. p. I-2433), el Tribunal de Justicia afirmó que «el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales». Por consiguiente, la House of Lords confirmó el 11 de octubre de 1990, las medidas cautelares acordadas por la Divisional Court hasta que se dictara sentencia sobre el fondo del asunto.

8 — Factortame y otros, «Factortame II» (C-221/89, Rec. p. I-3905).

9 — Comisión/Reino Unido (246/89 R, Rec. p. 3125).

10 — Comisión/Reino Unido (C-246/89, Rec. p. I-4585).

La demanda de indemnización formulada se basa en daños que se les ocasionaron por diversos conceptos, que incluyen, entre otros, los gastos y pérdidas sufridos desde la entrada en vigor de la nueva normativa impugnada (1 de abril de 1989) hasta el momento en que pudieron reanudar su actividad de pesca. [11]

7. En Derecho inglés, ha sido la jurisprudencia quien ha afirmado la responsabilidad patrimonial del Estado. Se han empleado, en especial, las mismas figuras de ilícito (cada uno de los *torts)* previstas para la responsabilidad civil, en la medida en que puedan consistir en comportamientos de la administración publica.

En primer lugar, se admitió una posibilidad de resarcimiento en supuesto de daños causados por una violación culposa (*tort of negligence)* en el ejercicio de la actividad administrativa y, *a fortiori,* legislativa. [12] Sin embargo, habida cuenta de que el presupuesto de tales acciones lo constituye la existencia de un «deber de diligencia» (*duty of care)* a cargo de la Administración pública y de que la jurisprudencia en la materia niega que subsista en caso de daños económicos, [13] excluyendo también la posibilidad de resarcir tales daños, difícilmente una violación del Derecho comunitario podría dar lugar a responsabilidad. Actualmente, el concepto y el alcance del deber de diligencia son objeto de atenta reflexión en la jurisprudencia del Reino Unido. [14]

En segundo lugar, la responsabilidad de la Administración pública puede invocarse en caso de violación de una obligación impuesta por ley (*breach of statutory duty).* No obstante, en tales casos la posibilidad efectiva de obtener resarcimiento es bastante remota, en la medida en que, conforme a la orientación prevaleciente, la posibilidad de acudir a las vías administrativas existentes para garantizar la observancia de la ley excluye la acción de resarcimiento. [15] Aunque en estos ámbitos se ha afirmado la obligación de indemnización en caso de violación del Derecho comunitario, sólo se afirma cuando se trata de «acciones de derecho privado». [16]

11 — Aunque el órgano jurisdiccional nacional sólo mencionaba el 2 de noviembre de 1989, fecha de la derogación parcial de la normativa de que se trata, recordaré que, conforme al auto dictado por el Tribunal de Justicia en el asunto 246/89 R, tal derogación sólo se refería a las disposiciones discriminatorias por razón de la nacionalidad. Ello implica, como pusieron de manifiesto las partes demandantes en las observaciones escritas que presentaron en el procedimiento presente, que dicha normativa no dejó de producir sus efectos dañosos respecto a los demás requisitos considerados discriminatorios (residencia, domicilio) y objeto de la sentencia Factortame II, hasta el 11 de octubre de 1990, fecha en la que la House of Lords confirmó, como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia Factortame I, las medidas cautelares solicitadas. A este respecto, véase la nota 7.

12 — Véase, por ejemplo, la sentencia Wallace Edward Rowling, 1988, AC 473.

13 — Tal deber se limita ciertamente a hipótesis típicas, con la consecuencia de que no todos los actos lesivos cometidos culposamente generan responsabilidad. Sin embargo, en la jurisprudencia anterior no faltan ejemplos en los que el deber de diligencia se identificaba con el *neighbourhood principle,* equivalente fundamentalmente al *neminem laedere,* puesto que impone una prohibición de dañar cualquier cosa que, según una previsión razonable, pueda ser dañada (en este sentido, véase, por ejemplo, la sentencia Donoghue /Stevenson, 1932, AC 562).

14 — Véase, por ejemplo, la sentencia Lonhro/Tebbit, 1992, A All ER, p. 280.

15 — Véase, por ejemplo, Thornton, 1979, QB, 626.

16 — Véase la sentencia Garden Cottage Foods, 1987, 1 AC 130 HL, en la que la House of Lords admitió, si bien en un *obiter dictum* (en ese caso concreto se había solicitado la adopción de medidas cautelares), la obligación de resarcir daños a quienes los hubieran sufrido a consecuencia de comportamientos contrarios a los artículos 85 y 86, seguidos por particulares o incluso por la Administración pública, aunque actuando como un particular.

Por el contrario, cuando se trata de una violación referida únicamente al Derecho público, sólo puede invocarse la responsabilidad en el caso de abuso de poder en el ejercicio de un cargo público (*misfeasance in public office*). Se trata del único *tort* que no se refiere a relaciones de Derecho privado sino específicamente la Administración pública. No obstante, el requisito de un comportamiento ilícito intencionado aleja la posibilidad de obtener el resarcimiento de los daños, incluso cuando se deriven de la violación del Derecho comunitario. Así, como ha recordado el propio órgano jurisdiccional *a quo* en la resolución de remisión, le Court of Appeal precisó, en el asunto Bourgoin, [17] que el Estado no está obligado, ni conforme al Derecho inglés, ni conforme al Derecho comunitario, a resarcir a las víctimas de una conducta declarada contraria al Derecho comunitario, a menos que resulte probado que el Ministro haya actuado a sabiendas de la ilegitimidad del acto de que se trate y con la intención de causar un daño a los demandantes. Sin embargo, tras la sentencia Francovich y otros, la propia House of Lords manifestaba sus dudas respecto a si el asunto Bourgoin fue correctamente dirimido. [18]

8. El órgano jurisdiccional nacional considera que la aplicación de la jurisprudencia nacional habría dado lugar a desestimar la pretensión de resarcimiento formulada por los demandantes. Además, puesto que no era evidente que la obligación de resarcimiento a cargo del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables, tal y como se deduce de la sentencia Francovich y otros, sea aplicable también al asunto pendiente ante él, planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Cuando concurran las circunstancias del presente asunto, en el que:

a) la legislación de un Estado miembro establece requisitos relativos a la nacionalidad, el domicilio y la residencia de los propietarios y responsables de la explotación de buques pesqueros, así como de los accionistas y miembros del órgano de administración de sociedades propietarias y dedicadas a la explotación de buques, y en que

b) el Tribunal de Justicia declaró en los asuntos C-221/89 y C-246/89 que dichos requisitos infringían los artículos 5, 7, 52 y 221 del Tratado CEE,

quienes eran propietarios o responsables de la explotación de dichos buques, o miembros del órgano de administración y/o accionistas de sociedades propietarias y explotadoras de buques, ¿tienen derecho, con arreglo al Derecho comunitario, a percibir del referido Estado

17 — Sentencia Bourgoin SA/Ministry of Agriculture, Fisheries an Food, 1986, 1 QB, p. 716 AC.

18 — Sentencia Kirklees Metropolitan Borough Council/Wickes Building Supplies Ltd, 1992, 3 WLR, pp. 170 y ss., especialmente p. 188.

miembro una indemnización por las pérdidas que han sufrido como consecuencia de todas o parte de las mencionadas infracciones del Tratado CEE?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿qué criterios, en su caso, exige el Derecho comunitario que tengan en cuenta los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de fijar las indemnizaciones de daños y perjuicios y los intereses relativos a:

a) los gastos y/o pérdida de beneficios y/o pérdida de ingresos durante el período subsiguiente a la entrada en vigor de los referidos requisitos, durante el cual los buques se vieron obligados a permanecer atracados, a llegar a acuerdos alternativos para pescar y/o a solicitar su matriculación en otros lugares;

b) las pérdidas derivadas de las ventas a precios infravalorados de los buques, de las participaciones en los mismos, o de las acciones en sociedades propietarias de buques;

c) las pérdidas derivadas de la necesidad de prestar fianzas, del pago de multas y de gastos y costas por presuntas infracciones relacionadas con la exclusión de los buques del Registro nacional;

d) las pérdidas derivadas de la imposibilidad de que dichas personas sean propietarias y responsables de la explotación de otros buques;

e) las pérdidas de honorarios de explotación;

f) los gastos ocasionados por el intento de mitigar las pérdidas referidas más arriba;

g) la indemnización de daños y perjuicios "disuasorios" que se reclama?»

Términos del problema y esquema de las conclusiones

9. La cuestión de la responsabilidad del Estado por violaciones del Derecho comunitario, de no escasa importancia tanto para los principios como para las consecuencias que se podrían derivar frente a los Estados miembros de su afirmación amplia y generalizada, es compleja y, ciertamente, no carece de escollos, como demuestra, además, el amplio debate doctrinal que se ha desarrollado al respecto en los últimos años.

En el presente procedimiento, el Tribunal de Justicia debe declarar si existe, en qué circunstancias y respecto a qué categorías de perjuicios, una obligación de resarcimiento por parte del Estado frente a los particulares que hayan sufrido daños a consecuencia de la aplicación de leyes nacionales contrarias al Derecho comunitario. [19]

10. Por tanto, en primer lugar habrá que determinar si la obligación de resarcir los daños debe limitarse a los supuestos, ya considerados en la sentencia Francovich y otros, de no adaptación del Derecho interno a Directivas cuyas disposiciones, aunque cumplan algunos requisitos de especificidad, no pueden ser invocadas directamente por los particulares para obtener la prestación prevista a su favor por la Directiva; o extenderse a los supuestos, como el del presente asunto, en los que el daño sufrido por el particular derive de la aplicación de una ley nacional contraria a normas comunitarias que los particulares pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales. A tal fin considero oportuno recordar los términos en los que, hasta ahora, se ha afirmado la obligación de resarcimiento a cargo de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario y, también de esta forma, remontarse a los fundamentos de la responsabilidad en el Derecho comunitario. Me parece útil detenerme también en la presunta falta de responsabilidad del Estado por hechos del legislador, también invocada (si bien con cierta cautela) en el presente procedimiento para negar, de forma abstracta y con carácter de principio, la responsabilidad del Estado en los supuestos como el del presente asunto.

En segundo lugar, habrá que determinar si los requisitos de la responsabilidad son los propios de cada ordenamiento jurídico nacional, si bien con los conocidos límites precisados en otras ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o si, por el contrario, es el propio Derecho comunitario quien debe dictar, al menos, los *requisitos fundamentales* suficientes para que el Estado miembro que haya infringido el Derecho comunitario esté obligado a resarcir los daños producidos. Si hubiera que decantarse por esta segunda hipótesis, debe evidentemente aclararse si, para ello, basta con cualquier violación que cause un perjuicio al particular o si, por el contrario, es necesario algo más, como han sostenido en el curso del presente procedimiento la mayor parte de los Estados miembros. Además, habrá de precisarse si este elemento adicional puede ser identificado con la culpa o si, por el contrario, exige otros requisitos, por ejemplo, los mismos que fijó el Tribunal de Justicia respecto a la responsabilidad extracontractual de las Instituciones comunitarios (jurisprudencia relativa al artículo 215). Por otra parte, desde el punto de vista del nexo causal, habrá, por que evaluar, por ejemplo, si tiene alguna relevancia el hecho de que la naturaleza de la norma comunitaria infringida permite al particular hacer valer directamente sus propios derechos para eliminar, ya a nivel material, la ilegitimidad, así como también, el momento a partir del cual surge la obligación de resarcimiento. Por último, habrá que analizar los *requisitos procedimentales* que regulen el derecho al resarcimiento y los criterios para la cuantificación del daño.

19 — Respecto a los diversos supuestos de presunta responsabilidad del Estado por los daños causados a consecuencia de un comportamiento de la Administración contrario al Derecho comunitario, véase la sentencia Lomas (C-5/94), aún pendiente. Por otra parte, en las conclusiones del Abogado General Sr. Léger, de 20 de junio de 1995, también se examina alguno de los aspectos que tienen relevancia en el presente procedimiento.

11. Estos son, por tanto, los aspectos en los que me detendré y los interrogantes que intentaré responder. El siguiente análisis se subdividirá, consiguientemente, en tres partes. La primera parte está dedicada al principio de la responsabilidad del Estado en el Derecho comunitario, con objeto de descubrir el fundamento y el alcance del mismo también respecto al ilícito cometido por el legislador, y de determinar, en particular, si la acción de responsabilidad es sólo residual, en el sentido de que sólo cabe incoarla cuando el particular no disponga de otro medio para hacer valer los derechos que le atribuye el Derecho comunitario, o, por el contrario, tiene un alcance más general.

En cuanto a los requisitos de la responsabilidad, ya puede afirmarse que los requisitos materiales mínimos, a diferencia de los procesales, no pueden dejar de ser comunes y, por tanto, comunitarios. Considero que éste es el único modo de evitar que la propia posibilidad de resarcimiento por la misma violación no se garantice de la misma forma en los distintos Estados miembros y que, por tanto, se produzca la discriminación entre los particulares que no debe tolerar una Comunidad de Derecho. La segunda parte está, por tanto, dedicada, a los requisitos que permiten al particular obtener el resarcimiento, esto es, a los presupuestos comunitarios de la responsabilidad y a los límites que el Derecho comunitario impone a los requisitos procesales. Considero que estos últimos deben seguir estando regulados por el Derecho nacional, al igual que los criterios de cuantificación del daño.

Por último, seguirá un examen de los dos asuntos que nos ocupan y, por tanto, la respuesta a las cuestiones que han dado lugar al presente procedimiento.

I. Sobre el principio de la responsabilidad del Estado en el Derecho comunitario: fundamento y alcance

12. La idea de la responsabilidad del Estado por los daños causados por la actividad normativa no es, en absoluto, sorprendente. El principio en el que se basa la mayor parte de las disciplinas *privatísticas* de la responsabilidad extracontractual es el de *neminem laedere,* diversamente interpretado y limitado, conforme al cual todos están obligados a resarcir los daños producidos por su propia conducta, contraria a una obligación jurídica. [20] Y es indiscutible que éste es el principio que evocan los diversos regímenes, en su mayor parte fruto de construcciones jurisprudenciales, relativos a la responsabilidad de los *poderes públicos,* que, sin embargo, presentan aspectos específicos y originales debido a la naturaleza de la actividad desarrollada por los poderes públicos, especialmente en supuestos de actividad normativa. Efectivamente, la responsabilidad de los poderes públicos está estrechamente, si no necesariamente, vinculada al daño injusto, en la medida en que se ha producido a consecuencia del comportamiento contrario a Derecho; es, si se quiere, el reverso de la medalla.

20 — Efectivamente, aunque es cierto que tal principio no presenta el mismo alcance general en todos los ordenamientos jurídicos —baste pensar en el ordenamiento jurídico británico, en el que encuentra un límite en el alcance (restrictivo) del *duty of care*—, no es menos cierto que, respecto a la idea del daño injusto, puede ser considerado como el punto de partida de cualquier reflexión sobre la responsabilidad.

Hay que admitir que, en el caso de los poderes públicos, precisamente en consideración de la naturaleza de la actividad desarrollada y de las consecuencias derivadas de una eventual afirmación generalizada de la responsabilidad y de la obligación de resarcimiento, siempre ha existido la tendencia a limitar, de varias formas, el área de la responsabilidad. El alcance de tales limitaciones, que puede resumirse, en una primera aproximación, en la conocida fórmula conforme a la cual no se trata de una responsabilidad «ni general, ni absoluta», [21] guarda, por tanto, relación con el requisito de compaginar los intereses opuestos y concurrentes que están en juego: por un lado, el interés del particular dañado en obtener, al menos, la reparación patrimonial del daño sufrido a consecuencia de una actividad del Estado, particularmente normativa; por otro lado, el interés del Estado en no tener que responder, siempre y en cualquier caso, del daño provocado por la actividad de sus órganos en el cumplimiento de las tareas institucionales que se les hayan encomendado.

Obviamente, la limitación del área de responsabilidad ha sufrido, en el tiempo y dependiendo de los diversos sistemas jurídicos, una evolución significativa. En concreto, la consolidación del *Estado de Derecho* ha implicado un desplazamiento paulatino del centro de gravedad, al menos en los ordenamientos jurídicos más evolucionados, desde el comportamiento del autor del daño a los derechos de la persona perjudicada, tal y como sucede respecto a la responsabilidad en general. Desde tal punto de vista, la responsabilidad del Estado y la consiguiente obligación de resarcir los daños ha terminado por constituir un medio para hacer efectiva la tutela de los derechos de los individuos más que para sancionar los comportamientos *contra ius* y/o en cualquier caso perjudiciales.

21 — Sentencia Blanco del Tribunal des Conflits francés, 8 de febrero de 1973, en D. 1873, II, 20.

13. El razonamiento que acabo de exponer conduce a una primera observación básica respecto al principio de la responsabilidad del Estado por violaciones del Derecho comunitario. El hecho de que los Estados miembros, aunque existan requisitos que restrinjan, de distintas formas, el área de responsabilidad, puedan verse obligados a responder por los daños provocados por una actividad normativa de la Administración pública implica ya considerar ilógico que los Estados no sean, nunca y en ningún caso, responsables por las violaciones del Derecho comunitario que tengan incidencia en la esfera patrimonial de los particulares que las sufran.

Resumiendo, en la medida en que al menos el principio de la responsabilidad del Estado forma parte de la tradición de todos los sistemas jurídicos, [22] dicho principio debe poder aplicarse también cuando el comportamiento ilícito consista en la violación de una norma comunitaria.

14. Por otra parte, debe señalarse que, aunque incumba esencialmente al Estado, esto es, a sus órganos, garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario y, en especialmente, garantizar a los particulares la efectividad de los derechos que éste les atribuya, también es indudable que, cuando se trata de derechos invocados por los particu-

22 — Para un examen esencial de los regímenes existentes en la materia en los diversos Estados miembros, véase Schockweiler-Wivenes-Godart: «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne» en *Revue trimestrelle de droit européen*, 1990, pp. 27 y ss., especialmente p. 54.

lares en virtud de normas comunitarias, corresponde al Tribunal de Justicia verificar el nivel de adecuación de la tutela ofrecida por los ordenamientos jurídicos nacionales. A menudo, la comprobación ha llegado hasta exigir al Estado miembro que cree un remedio jurisdiccional no permitido por su sistema jurídico. [23]

Por tanto sería incoherente con la jurisprudencia en la materia y con los caracteres del sistema jurídico en su conjunto, en concreto, con el reparto de tareas entre Comunidad y Estados miembros, que el Derecho comunitario se desinteresase completamente del resarcimiento de los daños, remitiéndose al respecto, y sin proceder a ninguna comprobación, a los ordenamientos jurídicos nacionales.

a) *La afirmación de la obligación de resarcimiento a cargo de los Estados miembros que han infringido el Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la sentencia Francovich y otros y sus antecedentes*

15. La sentencia Francovich y otros, que no puede dejar de ser el punto de partida de una reflexión sobre el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por violaciones del Derecho comunitario, constituye en la actualidad únicamente la respuesta más concreta a la cuestión que nos ocupa. Como es de todos conocido, el asunto se refería a la no adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que impone a los Estados miembros la obligación de crear un mecanismo de garantía mínima de los créditos retributivos vencidos. Un órgano jurisdiccional italiano pidió al Tribunal de Justicia que dilucidara si, habida cuenta de que un Estado miembro no se había atenido a tal Directiva, los particulares podían invocar directamente ante los tribunales nacionales la normativa comunitaria para obtener los beneficios que ésta les reconoce; asimismo y, en cualquier caso, si podía reclamar del Estado miembro el resarcimiento del daño en el supuesto de que se tratase de una Directiva desprovista de efecto directo. Por tanto, además de la cuestión relativa al efecto directo de tales disposiciones de una Directiva, al Tribunal de Justicia también se planteó la cuestión del resarcimiento del daño causado a consecuencia de la no adaptación del Derecho interno a la Directiva. [24]

Aunque señaló que las disposiciones controvertidas de la Directiva eran suficientemente precisas e incondicionales por lo que respecta a la determinación de los beneficiarios de la garantía y al contenido de esta última, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que

23 — A este respecto, *vide infra*, puntos 43 a 47.

24 — Recordaré que, ya en la sentencia de 13 de julio de 1989, Enichem Base y otros (380/87, Rec. p. 2491), un órgano jurisdiccional italiano había solicitado al Tribunal de Justicia que precisara si, basándose en el Derecho comunitario, «la Administración pública está obligada a indemnizar el perjuicio cuando, mediante un acto administrativo ilegal, lesione (ilegalmente) un derecho subjetivo comunitario que, una vez incorporado al ordenamiento jurídico italiano —y conservando su carácter comunitario— se presente como un interés legítimo» (informe para la vista, *loc. cit.*, pp. 2494 y ss.). Ni el Abogado General ni el Tribunal de Justicia dieron respuesta a tal cuestión al quedar ésta absorbida por las respuestas dadas a las demás cuestiones. Sin embargo, señalaré que, en sus observaciones, tanto el Gobierno del Reino Unido como el Gobierno italiano hicieron depender el eventual derecho a la indemnización del daño únicamente a que el Derecho nacional ofreciera tal posibilidad en su normativa material o procesal.

dichas disposiciones no podían ser directamente invocadas ante los tribunales nacionales. Concretamente, no era suficientemente precisa la identidad del «deudor» y, por otra parte, el Estado no podía ser considerado como obligado sólo por no haber adoptado en el plazo establecido las medidas de adaptación de su Derecho nacional a la Directiva.

16. A continuación, el Tribunal de Justicia pasó a examinar la posibilidad de los particulares de solicitar y obtener el resarcimiento de los daños eventualmente sufridos, no sin recordar previamente los caracteres fundamentales del régimen comunitario y, en concreto, la misión atribuida a los órganos jurisdiccionales nacionales. Tras este examen el Tribunal llegó a la conclusión, breve pero indiscutible, de que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado» (apartado 35).

Más concretamente, el Tribunal de Justicia sancionó tal principio deduciéndolo de dos elementos fundamentales del ordenamiento comunitario. En primer lugar, señaló la circunstancia de 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» (apartado 33). El Tribunal también destacó que la posibilidad de obtener resarcimiento a cargo del Estado miembro «es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario» (apartado 34).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha deducido tal obligación resarcitoria, como ya hiciera en la sentencia Humblet, [25] del artículo 5 del Tratado CE, «en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario», obligaciones entre las que se encuentra precisamente «la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario» (apartado 36).

17. Por tanto, el criterio empleado consistió en los medios de que se disponía para reforzar la eficacia de las normas comunitarias a través de la eficacia de la tutela judicial otorgada a las posiciones jurídicas creadas por aquellas normas y, también, para no dejar los incumplimientos de los Estados miembros sin consecuencias, incluso tangibles.

25 — Sentencia de 16 de diciembre de 1960 (6/60, Rec. pp. 1093 y ss., especialmente p. 1113). En esa ocasión se trataba del artículo 86 del Tratado CECA, disposición correspondiente al artículo 5 del Tratado CE.

De esta forma, la posición del particular se empleó y exaltó al máximo en función de tales objetivos. La responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por razón del daño provocado por la inactividad normativa fue construida, en definitiva, por el Tribunal de Justicia como un instrumento para garantizar la tutela de los particulares y, de esta forma, también la aplicación correcta del Derecho comunitario. Desde este punto de vista, tiene profundas raíces, tanto respecto a precedentes específicos de responsabilidad y obligación de indemnización a cargo de los Estados miembros, [26] como en el contexto más general de la tutela efectiva de los derechos que los particulares invocan basándose en normas comunitarias. [27]

18. Efectivamente, no debe olvidarse que afirmaciones relativas a la obligación de tutela indemnizatoria en relación con supuestos de violaciones del Derecho comunitario de distinta naturaleza están presentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al menos incidentalmente, desde principios de los años sesenta. Me refiero, en primer lugar, a la sentencia Humblet, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró, entre otros, que, si el Tribunal «declara, en una sentencia, que un acto legislativo o administrativo de las autoridades de un Estado miembro es contrario al Derecho comunitario, el artículo 86 del Tratado CECA obliga al Estado tanto a revocar el acto de que se trate como a reparar los efectos ilícitos que haya podido producir». [28]

19. Además, precisamente por entender que el incumplimiento del Estado miembro puede dar lugar al derecho del particular al resarcimiento, el Tribunal de Justicia ha desestimado varias veces la excepción de inadmisibilidad del recurso, a pesar de que el Estado miembro, demandado en un procedimiento de incumplimiento, había subsanado el incumplimiento de la obligación objeto del procedimiento en el período comprendido entre el dictamen motivado y la sentencia del Tribunal de Justicia. [29]

26 — Tampoco en la doctrina faltaban voces en ese sentido: Pescatore: «Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires», en *Foro Padano*, 1972, pp. 10 y ss.; Kovar: «Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire», en *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruselas, 1978, pp. 245 y ss., especialmente pp. 272 y ss.; Barav: «Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community Law by National Public Authorities», en *Non Contractual Liability of the European Communities*, Europa Instituut University of Leiden, 1988, pp. 149 y ss.

27 — A este respecto, *vide infra*, puntos 27 a 32.

28 — Sentencia de 16 de diciembre de 1960, citada en la nota 25. En aquel asunto se trataba, más concretamente, de obligar al Gobierno belga a anular un acto y a restituir las cantidades indebidamente recaudadas, pero la fórmula utilizada por el Tribunal de Justicia —«reparar los efectos ilícitos»— también incluye, evidentemente, supuestos de resarcimiento del daños eventualmente sufridos.

29 — Una afirmación muy clara en este sentido es aquélla según la cual «la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia conforme a los artículos 169 y 171 del Tratado puede tener relevancia práctica como fundamento de la responsabilidad que eventualmente incumba al Estado miembro, a causa del incumplimiento, frente a los demás Estados miembros, la Comunidad o los particulares» (sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia, 39/72, Rec. p. 101, apartado 11). En el mismo sentido se encuentra la afirmación conforme a la cual el interés en la continuación del procedimiento puede consistir en establecer «la base de la responsabilidad en que un Estado miembro puede incurrir, a consecuencia de su incumplimiento, especialmente frente a los particulares» (sentencia de 20 de febrero de 1986, Comisión/Italia, 309/84, Rec. p. 599, apartado 18). Esta afirmación del Tribunal de Justicia es bastante frecuente: sentencias de 5 de junio de 1986, Comisión/Italia (103/84, Rec. p. 1759), apartado 9; de 17 de junio de 1987, Comisión/Italia (154/85, Rec. p. 2717), apartado 6, y de 18 de enero de 1990, Comisión/Grecia (C-287/87, Rec. p. I-125), publicación sumaria. Y además, en el sentido de que el interés en la continuación del procedimiento «puede consistir en establecer la base de la responsabilidad en que puede incurrir un Estado miembro como consecuencia de su incumplimiento, particularmente con respecto a aquellos a cuyo favor se deriven derechos del incumplimiento mencionado»: véanse las sentencias de 24 de marzo de 1988, Comisión/Grecia (240/86, Rec. p. 1835), apartado 14; de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania (C-361/88, Rec. p. I-2567), apartado 31, y de 19 de marzo de 1991, Comisión/Bélgica (C-249/88, Rec. p. I-1275), apartado 41. Es indudable que de afirmaciones de este tipo no puede deducirse la atribución de un derecho al particular al resarcimiento del daño sufrido a consecuencia de la violación del Tratado, sino únicamente la posibilidad de que, allí donde lo prevea el Derecho nacional, el particular puede invocar su derecho a indemnización respecto a tal infracción.

20. La afirmación de la obligación de los Estados miembros de indemnizar a los particulares resulta aún más directa y explícita en la sentencia Russo, [30] en la que el Tribunal de Justicia señaló que «en el supuesto de que tal perjuicio se debiera a una violación del Derecho comunitario, corresponde al Estado asumir, frente a la víctima del daño, las consecuencias en el marco de las disposiciones del Derecho nacional relativas a la responsabilidad del Estado».

21. De las afirmaciones que acabo de recordar se deduce indiscutiblemente que un Estado miembro puede verse obligado a resarcir los daños sufridos por particulares a consecuencia de un ilícito consistente en la violación de normas comunitarias o que sea la consecuencia de ésta.

Sin embargo, tal jurisprudencia precisa que la responsabilidad deberá ser determinada por el órgano jurisdiccional nacional, «en el marco de las disposiciones del Derecho nacional relativas a la responsabilidad del Estado». [31] Por consiguiente, para responder a la cuestión de si el Estado estaba obligado a resarcir los daños provocados por un incumplimiento de las normas comunitarias imputable al mismo, se hacía, en principio, referencia a la legislación de cada Estado miembro. [32]

22. Desde este punto de vista específico, la citada jurisprudencia ha sido superada por la sentencia Francovich y otros, en la que la obligación de indemnización a cargo de los Estados miembros infractores se fundamenta en el Derecho comunitario, también por lo que se refiere a los requisitos de la obligación de indemnización.

Sustancialmente, en la sentencia Francovich y otros el Tribunal de Justicia no se limitó a dejar al Derecho nacional la determinación de *todas* las consecuencias jurídicas de la violación de la norma comunitaria, sino que consideró que el propio Derecho comunitario impone al Estado una obligación de indemnización frente a terceros, dibujando también, al menos respecto a *aquel* supuesto de responsabilidad, las condiciones «comunitarias» que lo determinan.

30 — Sentencia de 22 de enero de 1976, Rosso (60/75, Rec. p. 45), apartado 9.

31 — Sentencia Russo, citada en la nota anterior, apartado 9.

32 — Tal principio fue reforzado posteriormente en la sentencia de 13 de febrero de 1979, Granaria (101/78, Rec. p. 623), apartado 14, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «la reparación por un organismo nacional de los daños causados a los particulares por los organismos y funcionarios de los Estados miembros, por causa de una infracción al ordenamiento comunitario, o de un acto y omisión contrarios al Derecho nacional, con ocasión de la aplicación del Derecho comunitario es una cuestión ajena al ámbito de aplicación del párrafo segundo del artículo 215 del Tratado y ha de ser apreciada por los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate».

b) *El principio «comunitario» de la responsabilidad: ¿sólo un medio para colmar una laguna en la tutela de los derechos o bien un principio de alcance más amplio?*

23. A continuación procede considerar si el criterio que puede deducirse de la jurisprudencia anterior a la sentencia Francovich y otros tiene (todavía) fundamento o si, por el contrario, puede y debe existir una obligación de indemnización a cargo de los Estados miembros basada en el Derecho comunitario, también en supuestos distintos de la no adaptación del Derecho interno a una Directiva.

En concreto, habrá que determinar si el Derecho comunitario exige una tutela por vía de indemnización también en el supuesto de violación de normas provistas de efecto directo o si, por el contrario, el hecho de que, en tales supuestos, el particular pueda invocar directamente la norma de que se trate y, por tanto, obtener por tal vía la tutela del derecho invocado, induce a excluir dicha posibilidad.

24. En el curso del presente procedimiento los Gobiernos alemán, neerlandés e irlandés se expresaron en este segundo sentido. Motivaron su posición arguyendo que el legislador comunitario no había pretendido establecer un régimen general de responsabilidad de los Estados miembros por las violaciones del Derecho comunitario. En su opinión, dicho criterio queda confirmado por el hecho de que los Estados miembros no han introducido ninguna disposición en la materia con ocasión del Tratado de Maastricht. Además, según el Gobierno alemán, no sería compatible ni con el reparto de poderes entre las Instituciones de la Comunidad y los Estados miembros, como está previsto en el Tratado, ni con el principio de equilibrio institucional el hecho de que la jurisprudencia integre el Derecho comunitario más allá de los supuestos en la existencia de una laguna normativa autoriza tal integración.

En definitiva, en opinión de los citados Gobiernos, el derecho al resarcimiento desempeña un papel meramente residual, en el sentido que sólo tiene relevancia en el caso de disposiciones que no se puedan invocar de otro modo ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En suma, mediante la sentencia Francovich y otros el Tribunal de Justicia había intentado, en su opinión, colmar una laguna en el sistema de tutela de los derechos, sancionando, a través de la imposición de una obligación de resarcimiento, al Estado miembro infractor. Por el contrario, cuando ya se ha permitido al particular actuar directamente con objeto de hacer valer la norma del Derecho comunitario, como en los supuestos que han dado lugar al presente procedimiento, no existe necesidad alguna de que el sistema comunitario obligue a conceder un derecho de indemnización, ni tal hipótesis tiene fundamento. Por tanto, el derecho a indemnización sólo podrá reconocerse al particular en la medida en que lo permita el Derecho nacional.

25. No me parece posible compartir tal criterio. En primer lugar, de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la que se

ha contemplado repetidamente la responsabilidad patrimonial del Estado respecto en caso de infracciones de normas provistas de efecto directo, se deduce que la posibilidad de tutela material no excluye en absoluto la patrimonial. [33] Aunque en tales supuestos el Tribunal de Justicia se limitó a afirmar que incumbía al Estado miembro, de conformidad con las normas de Derecho nacional, la obligación de resarcir los daños causados por ellos, por otra parte, se trataba de supuestos en los que el objeto de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional no se refería al tema específico del derecho al resarcimiento.

En la sentencia Francovich y otros, que afrontó específicamente este tema, el Tribunal de Justicia no dejó de precisar que el principio de la responsabilidad es un principio inherente al Derecho comunitario, afirmación de carácter general y de principio, válida para cualquier hipótesis de violación del Derecho comunitario y no sólo para el supuesto de no adaptación del Derecho interno a Directivas. [34] Respecto a esta última hipótesis, el Tribunal de Justicia únicamente precisó que el derecho al resarcimiento es «particularmente indispensable» precisamente porque, de no ser así, el particular estaría desprovisto de cualquier tipo de tutela, a pesar de los derechos que les atribuye la Directiva. No obstante, esta precisión no excluye la posibilidad de resarcir los daños derivados de otro tipo de infracciones, tanto más cuanto que el propio Tribunal de Justicia declaró posteriormente que los *requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación* del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado (apartado 38).

26. Tampoco considero que la afirmación del principio de la responsabilidad del Estado por las violaciones de normas comunitarias de efecto directo contravenga en modo alguno la división de poderes, prevista en el Tratado, entre Instituciones comunitarias y Estados miembros. A este respecto me limitaré a señalar que es precisamente la violación del Derecho comunitario la que la infringe y crea un desequilibrio en el reparto de competencias, tal y como ha sido libremente aceptada y suscrita por los Estados. El mandato eventualmente impuesto por el Derecho comunitario, de resarcir los daños derivados de tal violación constituye únicamente un medio para restablecer el equilibrio violado.

Desde este punto de vista, la responsabilidad del Estado por la actividad normativa (parlamentaria o administrativa) también constituye un elemento natural y necesario del sistema jurídico comunitario creado con el Tratado por los propios Estados miembros. Efectivamente, no puedo dejar de recordar que los Estados miembros siguen siendo los protagonistas principales del proceso de

33 — Me refiero a la citada sentencia Russo, en la que se trataba de un Reglamento sobre la organización agrícola de mercados, y a la sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, Rec. p. I-3313), apartado 22, en la que el Tribunal de Justicia afirmó que el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres «puede invocarse para obtener la indemnización de daños y perjuicios frente a un organismo» encargado de prestar un servicio público. Véase también, respecto a una infracción del artículo 30 del Tratado, la sentencia de 5 de junio de 1986, Comisión/Italia, citada en la nota 29, apartado 9.

34 — Véanse, especialmente, los apartados 33, 35 y 37 de la sentencia.

elaboración de los actos comunitarios. Por tanto, afirmar la responsabilidad por incumplimiento equivale únicamente a elevar el nivel de eficacia del sistema y no implica ninguna actividad integradora, ni mucho menos sustitutiva del legislador.

27. Ello es tanto más cierto cuanto que la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los individuos por razón del daño provocado por la actividad o inactividad normativa ha sido construida por el Tribunal de Justicia, repito, como un instrumento para garantizar la tutela de los particulares y, de este modo, también una aplicación correcta del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros.

En suma, el punto de partida debe ser precisamente el mismo utilizado en la jurisprudencia, actualmente consolidada, que ha afirmado el efecto directo, en el sentido de la posibilidad de los particulares de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales disposiciones del Tratado o actos de Derecho derivado, siempre y cuando, naturalmente, se trate de disposiciones suficientemente claras, precisas e incondicionadas.

28. Mediante la individualización del efecto directo de la norma del Tratado dirigida a los Estados miembros y que les imponga una obligación de, por ejemplo, abolir determinados obstáculos y no reintroducirlos, se identifica y pone de manifiesto el derecho paralelo de los particulares a la eliminación de aquellos obstáculos, con la consecuencia, además, de la posibilidad de invocar tales derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales para obtener la tutela adecuada de los mismos. Por tanto, de esta forma se individualiza y se realza el derecho, correspondiente a la obligación del Estado, del que se habría beneficiado el particular si dicha obligación se hubiera cumplido de forma correcta y puntual.

Así cabe afirmarlo no sólo desde el punto de vista material, sino también procesal. Piénsese que el propio Tribunal de Justicia ha declarado que la limitación de las garantías contra las violaciones de normas del Tratado que imponen obligaciones a los Estados a las ofrecidas por el artículo 169 «haría desaparecer toda protección jurisdiccional directa de los derechos individuales de sus nacionales». [35] En definitiva, la posición jurídica del particular, basada directamente en la norma del Tratado, se utiliza, precisamente a falta de una correcta aplicación de dicha norma, para garantizar la tutela plena y efectiva de los derechos que debería garantizar la observancia, por parte del Estado, de la norma de que se trate.

29. El mismo criterio, e incluso con mayor claridad, se vislumbra en la jurisprudencia

35 — Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec. pp. 3 y ss., especialmente p. 24).

que, a partir de determinado momento, ha perseguido la no adaptación, o la adaptación fuera de plazo, del Derecho interno a una Directiva atribuyendo a esta última efecto directo, evidentemente cuando se cumplan los requisitos exigidos para ello. [36] Esto confirma la afirmación de que, también en el caso de Directivas, el sistema comunitario ha encontrado en la posición de los particulares un instrumento eficaz para garantizar su aplicación a falta de la debida adaptación del Derecho interno a las mismas.

30. Por otra parte, es significativo que el Tribunal de Justicia haya insistido en la obligación de indemnizar del Estado en los mismos términos consagrados en la sentencia Francovich y otros, en un asunto en el que se discutía precisamente sobre la posibilidad de invocar, en el ámbito de una relación entre particulares, el efecto directo de disposiciones de una Directiva a la que no se había adaptado el Derecho interno en el plazo señalado. [37]

Por consiguiente, la afirmación de la obligación resarcitoria, en el caso de que las disposiciones controvertidas no puedan invocarse directamente ante el órgano jurisdiccional nacional, bien debido al no reconocimiento del alcance «horizontal» al efecto directo de Directivas precisas e incondicionadas, o bien, más en general, debido a la falta de efecto directo, también constituye un medio para reforzar la posición del particular, al recuperar la posibilidad de eliminar, al menos desde el punto de vista económico, el desequilibrio creado por el incumplimiento del Estado.

31. En definitiva, para garantizar una tutela plena y efectiva a los derechos atribuidos por una norma provista de efecto directo que

36 — Tanto es así que el efecto directo ha tenido desde el inicio y ha mantenido el carácter llamado vertical, al extremo de reforzar la idea de que, más que de una cualidad intrínseca de la norma se trata de un remedio para evitar que los Estados obtengan ventajas de su incumplimiento. También es importante señalar que la valoración del Tribunal de Justicia en el ámbito de las Directivas se haya ido precisando y aplicando paulatinamente. Por ejemplo, se ha ampliado el número de entes públicos frente a los que se puede invocar la Directiva (véanse las sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, así como Foster y otros, citada en la nota 33); asimismo se ha insistido en la necesidad de que los órganos jurisdiccionales y la administración de los Estados miembros interpreten la normativa nacional de conformidad al tenor y a la finalidad de la Directiva (véanse las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, y de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8). Baste pensar, al respecto, que el criterio de la interpretación conforme se refiere a las Directivas en cuanto a tales, independientemente de su eventual efecto directo e independientemente de la entidad frente a las que se alegan las normas nacionales, tanto que, finalmente, no se está tan lejos de los efectos prácticos que se alcanzarían con el efecto horizontal, puro y simple, de las Directivas precisas e incondicionadas.

37 — Sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 27. Tras recordar que los interesados pueden alegar una Directiva no aplicada invocando directamente ante el órgano jurisdiccional nacional sus disposiciones provistas de efecto directo, o bien, cuando esto no sea posible, a través de una interpretación de las correspondientes normas nacionales de forma lo más conforme posible a la propia Directiva, el Tribunal de Justicia precisó que «en el supuesto de que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por la Directiva mediante la interpretación [...] el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto a una Directiva». En este mismo sentido, véase también la sentencia de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 23. En este asunto, aunque se trataba de una Directiva, la misma del asunto Francovich y otros, a la que ya se había adaptado el Derecho nacional, el problema se planteaba debido a la no consideración, en las normas nacionales correspondientes, de un determinado grupo de trabajadores, a los cuales no se aplicaba, por tanto, dicha Directiva.

obliga al Estado, se emplea la posición del particular creada directamente por dicha norma. Del mismo modo, para garantizar la tutela a los derechos atribuidos por una norma no provista de efecto directo, en el sentido de que no puede ser directamente invocada ante los órganos jurisdiccionales nacionales, pero que también impone una obligación a cargo del Estado, se utiliza, en caso de incumplimiento de la obligación por parte del Estado, el derecho del particular al resarcimiento.

Por tanto, el esquema sigue siendo el mismo: para dar cumplimiento a una norma que obliga al Estado se utiliza la posición jurídica del particular, una vez, en su *contenido pleno y sustancial*, y otra en su *contenido patrimonial*. El resultado es también el mismo: por una parte, se remedia el incumplimiento del Estado miembro; por otra, se garantiza al particular una tutela efectiva de los derechos invocados con arreglo a una norma comunitaria. Es la eficacia de la norma la que sale reforzada de ello y, por tanto, la eficacia del sistema considerado en conjunto.

32. Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto con suficiente claridad que la sentencia Francovich y otros, lejos de haber sido una excentricidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha sido una fase completamente coherente y consecuente respeto a un valor confirmado repetidamente y sin discusión en Luxemburgo: la eficacia de las normas comunitarias y, por tanto, la completa tutela jurisdiccional. [38]

Es innegable que éste es un valor fundamental de cualquier sistema jurídico, comunitario o nacional. También es innegable que el respeto de tal valor puede exigirse garantizando a los particulares, cuando sea necesario, el derecho al resarcimiento de los daños sufridos debido a la actividad o a la no actividad normativa de los poderes públicos, por tanto y sobre todo, pero no únicamente, en aquellos casos en los que el individuo no disponga de ningún medio, excepto la indemnización, para alegar una lesión de la posición jurídica de la que es titular con arreglo al Derecho comunitario.

33. Por otra parte, la afirmación, actualmente indiscutible, de la obligación resarcitoria del Estado frente a los particulares en caso de no adaptación a una Directiva, en un supuesto, por tanto, de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado (infracción del artículo 189 y del artículo 5 del Tratado), que sólo pueden vincularse indirectamente a una violación de un correlativo derecho del particular, implica, *a fortiori*, que

38 — En el sentido de que «the decision in Francovich is undoubtedly consistent with, and an natural and logical extension of, the Court's case-law», y, tras haber reconocido el efecto directo y la obligación de los Estados miembros de dar eficacia plena a las normas comunitarias «it was but a small step to guarantee their full effect by holding states liable in damages for infringements of those rights for which they were responsible», véase Steiner: «From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law», en *European Law Review*, 1993, pp. 3 y ss., especialmente p. 9. Como todo el mundo sabe, no faltan comentarios sobre la sentencia Francovich y otros Entre las contribuciones más recientes, véase Zenner: «Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen», München, 1995.

esta misma tutela debe poder concederse en los supuestos en que se violen *directamente* normas que garanticen al mismo particular una posición jurídica subjetiva y que, por tanto éste puede invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

En este sentido, la tesis conforme a la cual no se puede «ir más allá» de afirmar la responsabilidad en supuestos de no adaptación del Derecho interno a una Directiva, no sólo no se puede compartir por los motivos expuestos sino también porque ignora que precisamente el supuesto Francovich es el último (y no el primer) puerto al que puede arribar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Mirándolo bien, la sentencia Francovich y otros ha atribuido un medio de tutela (al menos patrimonial) en aquellos supuestos en los que la protección prevista era la contemplada en el artículo 169, que no proporciona una tutela directa a los particulares. Al contrario, en los supuestos de infracción de normas provistas de efectos directo, la tutela ya existe y el particular puede solicitarla directamente, aunque deba acompañarse dicho término de ese *minus* que constituye el adjetivo patrimonial. Por tanto, en tales supuestos no se efectúa tampoco este «pequeño» salto lógico que es necesario, por el contrario, para pasar de la infracción del artículo 189 a la lesión del derecho del particular potencialmente atribuido por la Directiva.

Tampoco debe olvidarse que, respecto a las normas provistas de efecto directo, la jurisprudencia afirma reiteradamente que dichas normas «deben surtir plenamente efecto, de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante todo el período de validez» [39] y que «este efecto también afecta a los Jueces, que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares por el Derecho comunitario». [40] Por tanto, es evidente que la norma comunitaria provista de efecto directo atribuye a los particulares una posición jurídica subjetiva desde su entrada en vigor y durante todo el período de vigencia, independientemente e incluso a pesar de la existencia de normas nacionales anteriores o sucesivas que eventualmente nieguen esa misma posición jurídica. Por tanto, de ello se deduce que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a conceder una tutela jurisdiccional completa y efectiva a los derechos atribuidos a los particulares por la norma comunitaria de que se trate.

34. Ahora bien, indiscutiblemente la violación de una norma crea un desequilibrio, consistente en la reducción o la anulación de la situación jurídica afectada, en este caso, la situación jurídica de la que es titular un particular; también es indudable que toda situación jurídica subjetiva, todo «derecho», si se prefiere, tiene un contenido sustancial y un contenido patrimonial normalmente cuantificable. Garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional en caso de violación de la norma que atribuye una posición jurídica subjetiva equivale a garantizar el efectivo reequilibrio entre las situaciones jurídicas, esto

39 — Entre otras, véanse las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartado 14, y de 10 de julio de 1980, Ariete (811/79, Rec. p. 2545), apartado 5.

40 — Sentencia Simmenthal, citada en la nota anterior, apartado 16.

es, el restablecimiento del contenido del derecho lesionado por la violación de la norma. Cuando lo que perjudica ilegítimamente el derecho del particular es un acto de la autoridad pública —un acto administrativo o una ley— quien debe restablecer el derecho del particular o, al menos, su contenido patrimonial, será quien lo ha adoptado.

En definitiva, el restablecimiento del contenido patrimonial es un *minus*, un remedio mínimo en comparación con el supuesto de restablecimiento completo sustancial, que sigue siendo el medio óptimo de tutela. Anular el acto contrario a Derecho o no aplicar la ley incompatible con un parámetro superior de legalidad es necesario en un Estado de Derecho. Sin embargo, aunque puede ser necesario, a veces no es suficiente para hacer real y efectiva la tutela, reequilibrar también el contenido patrimonial del derecho lesionado y, por tanto, garantizar el resarcimiento del daño. El reequilibrio patrimonial del derecho lesionado no es, por tanto, algo distinto, suplementario, ni mucho menos nuevo. Tampoco representa algo *opcional*, sofisticado o remoto de un sistema jurídico que quiera y deba ser efectivo.

En suma, el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado debe aplicarse como remedio tanto alternativo como adicional de la tutela material; por tanto, debe aplicarse tanto en casos de violación de normas desprovistas de efecto directo, en el sentido de normas que no se pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales como en caso de normas que sí confieren esa posibilidad.

c) *La obligación de indemnización del Estado también por actos del legislador*

35. No considero que se pueda invalidar esta conclusión por el hecho de que a veces o a menudo las violaciones del Derecho comunitario sean imputables al legislador.

A este respecto recordaré que la sentencia Francovich y otros, que ninguno de los Estados miembros que han presentado observaciones en el presente procedimiento ha discutido, no efectúa ninguna distinción dependiendo de que el daño se derive de una violación debida a omisiones del poder legislativo o del ejecutivo. Efectivamente, no existe motivo para considerar que se impone una conclusión distinta respecto a las circunstancias relevantes para el presente asunto.

No obstante, como pusieron de manifiesto los órganos jurisdiccionales nacionales en sus resoluciones de remisión, el respectivo Derecho nacional les impide conceder una indemnización de los daños, precisamente porque las violaciones del Derecho comunitario son imputables, en el presente asunto, al legislador, bien por no haber modificado una ley

nacional para hacerla conforme al Derecho comunitario (asunto C-46/93) bien por haber adoptado una ley nacional incompatible con este Derecho (asunto C-48/93). Por tanto, en el fondo, habida cuenta la imposibilidad de incoar una acción de responsabilidad en caso de actividad o inactividad del legislador, en supuestos de este tipo el Derecho nacional lleva a la negación del principio mismo de la responsabilidad.

36. Hay que reconocer que, en el pasado, estaba extendida la idea de la falta de responsabilidad del Estado por actos del legislador. Esta encontraba su razón de ser en el principio de que el soberano, o bien, en la versión más moderna y democrática, la soberanía del Parlamento, no puede comportarse ilegítimamente. En otras palabras, en cuanto máxima expresión del poder soberano, el legislador, habida cuenta también de la legitimidad democrática de que goza, está, por principio, sustraido de las normas generales de la responsabilidad.

Tal concepción, que se consolidó sobre todo en sistemas jurídicos que no conocen la posibilidad de controlar la adecuación de las leyes a parámetros superiores, debe presentarse en otros términos cuando existe una norma superior que permite comprobar y, eventualmente, negar la legitimidad de la actividad del legislador. Por otra parte, también en aquellos ordenamientos en los que no sólo existe una jerarquía clara y formal entre normas constituciones y legislativas, sino también un mecanismo de control *ad hoc* del constante respeto de tal jerarquía (por ejemplo, Austria, Italia, Alemania y España), la cuestión de la posibilidad de indemnizar los daños ocasionados por una ley inconstitucional dista de haberse resuelto unánimemente. [41] Sin embargo hay que añadir que, en tales supuestos, no puede excluirse que el Estado sea llamado a responder de los daños provocados por leyes declaradas inconstitucionales.

37. Es cierto que, cuando el legislador esté obligado, en el cumplimiento de sus misiones institucionales, a observar determinados límites impuestos por normas superiores, no existe razón alguna de teoría jurídica general para negar que el Estado pueda estar obligado a indemnizar los daños provocados por leyes que hayan violado aquellos límites. En estas circunstancias, la responsabilidad por actos del legislador no está, conceptualmente, muy lejos y no es muy distinta de la responsabilidad de la administración por la actividad normativa, actualmente admitida sin dificultad más o menos en todas partes.

41 — Por ejemplo, en Alemania tal posibilidad no está excluida en cuanto a tal, pero sólo en la medida en que el deber público lesionado no se pueda referir a un tercero determinado, lo que, como ya se ha dicho, sucede en la mayor parte de los casos en los que se trata de ilícito imputable al legislador; precisamente por estos motivos, esa posibilidad está generalmente admitida respecto a las «leyes-acto» (*Einzelgesetze*). Sin embargo, la doctrina dominante considera que debe reconocerse a los particulares un derecho de indemnización al menos en los casos de violaciones de derechos fundamentales (a este respecto véase, por ejemplo, Haverkate: «Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbildung des Gesetzgebers» en *NJW*, 1973, p. 441). En Italia, país en el que la cuestión sigue siendo objeto de debate, se ha admitido tal posibilidad, por ejemplo, en el supuesto específico de inconstitucionalidad declarada de los decretos presidenciales de expropiación dictados en aplicación de la reforma agraria, poniéndose, sin embargo, la obligación de indemnización a cargo del ente de reforma agraria, al que, sin embargo, no podía imputarse ningún comportamiento ilícito: de aquí la convicción de que, en tales supuestos, el resarcimiento se configura más bien como una restitución de cantidades indebidamente pagadas, que tiene por objeto esencialmente el valor del bien perdido (para más detalles a este respecto, véase Zagrebelsky, «Processo costituzionale», en *Enciclopedia del diritto XXXVI*, 1987, p. 639).

Pero hay algo más. Es sabido que, en la mayor parte de los ordenamientos, se compensa en determinados casos la merma patrimonial sufrida por el particular a consecuencia de una actividad del legislador perfectamente legal en la medida en que ésta se ha adoptado sin infringir una norma *agendi:* piénsese en los supuestos de nacionalizaciones y expropiaciones por razón de utilidad pública. Si, por consiguiente, se admite que el sacrificio impuesto *legalmente* a la situación jurídica y patrimonial del particular en favor del interés público debe verse acompañado de una indemnización justa, sería como poco extraño no admitir que exista una posibilidad de resarcimiento cuando este daño se produce a consecuencia de un acto normativo *ilegal* por ser incompatible con una norma de rango superior (constitucional, comunitaria, o, en cualquier caso, preeminente respecto al acto).

38. Apenas es preciso recordar que, en las relaciones regidas por el Derecho internacional, la responsabilidad del Estado por los actos del legislador está universal y pacíficamente admitida. [42] Entre las muchas instancias, es útil recordar el principio afirmado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional conforme a la cual la obligación de reparar es consecuencia directa de un acto lesivo contrario al Derecho internacional imputable a un Estado. Más concretamente «*es un principio de Derecho internacional que la violación de una obligación implica la obligación de indemnizar de forma adecuada: la indemnización es, por tanto, el complemento indispensable de la no aplicación de un convenio, sin que sea necesario que la misma esté establecida en el propio convenio*». [43]

39. No olvido que, para el Derecho internacional, la obligación del Estado de reparar los daños surge, incluso cuando el objetivo del resarcimiento consiste en reintegrar la posición patrimonial de individuos, frente a uno o varios Estados y no, como sucede en el asunto que nos ocupa, directamente frente a individuos.

Sin embargo, no considero que pueda hacerse abstracción de la especificidad y peculiaridad del ordenamiento jurídico comunitario. Este ordenamiento se funda, por lo que aquí interesa, en una base convencional. El Tratado, como también otros acuerdos constitutivos de organizaciones internacionales, contiene una serie de obligaciones de los Estados miembros vinculados a la consecución de los objetivos enunciados y libremente suscritos, así como al funcionamiento de una estructura institucional con competencias en gran parte, pero no completamente, definidas con antelación. Sin embargo, el objetivo peculiar y último de la base convencional es, en el caso de la Comu-

42 — Efectivamente, el Derecho internacional contempla únicamente la responsabilidad del Estado considerado en su conjunto, entendido en su unidad: por tanto, sin que se establezca ninguna diferencia dependiendo de que la violación que origina el daño sea imputable al poder ejecutivo, al legislativo o al judicial. Es más, el mismo criterio se encuentra también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en recursos con arreglo al artículo 169 del Tratado: la violación de una obligación comunitaria se imputa al Estado, independientemente del sujeto que sea realmente responsable del incumplimiento de la obligación (véanse, entre otras, las sentencias de 5 de mayo de 1970, Comisión/Bélgica, 77/69, Rec. p. 237, apartado 15; de 18 de noviembre de 1970, Comisión/Italia, 8/70, Rec. p. 961, apartado 9, y de 26 de febrero de 1976, Comisión/Italia, 52/75, Rec. p. 277, apartado 14).

43 — Sentencia de 26 de julio de 1927, Fábrica de Chorzów (TPJI, serie A, nº 8, p. 21); el subrayado es mío. El mismo principio fue reiterado posteriormente por el Tribunal Internacional de Justicia en el dictamen consultivo de 30 de marzo de 1950 relativo a la interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía (TIJ, 1950, p. 228).

nidad, el de la integración, concretamente el de «sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos», [44] entre otros a través de la creación del mercado común. De ello se deduce que los instrumentos adicionales, digamos simplemente internacionalistas, previstos para conseguir el correcto y puntual cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados miembros se han traducido y siguen traduciéndose, en gran parte, en la atribución de la importancia máxima y directa a la posición jurídica de los particulares. Ello se debe a que la finalidad primordial de las obligaciones de los Estados y de las Instituciones comunitarias consiste, en un sistema que pretendía y pretende ser comunitario, en crear derechos de los particulares. Esta es la imagen diseñada por los autores del Tratado y consolidada por el legislador comunitario.

40. El Tribunal de Justicia, en una jurisprudencia muy conocida, no se limita a tomar nota de esta voluntad precisa de los autores del Tratado y, posteriormente del legislador, y ha declarado que el Tratado CE ha creado un ordenamiento jurídico propio «en favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido». [45] Los sujetos de tal ordenamiento no son sólo los Estados, sino también los individuos, a los que el Derecho comunitario confiere derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico: derechos que no sólo se generan en los casos mencionados expresamente en el Tratado, sino también en relaciones con las obligaciones que este último impone a los particulares, a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.

41. Por consiguiente, respecto a las normas —comunitarias— que regulan la situación de los particulares y de las que se reconoce su preeminencia sobre las internas, debe reconocerse que la pretendida falta de responsabilidad general del legislador nacional carece de justificación. La propia idea de la responsabilidad del Estado legislador en relación con las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario y, por tanto, suscritas convencionalmente por los propios Estados o adoptadas mediante procedimientos posteriores creados a tal fin, es, por el contrario, perfectamente coherente —y, por eso mismo, inherente— con los caracteres fundamentales y típicos del ordenamiento jurídico comunitario.

42. En definitiva, también a la luz de la sentencia Francovich y otros, pero incluso por la propia razón de la peculiaridad del ordenamiento jurídico comunitario considerado en conjunto, es completamente irrelevante que el ilícito sea imputable al poder legislativo o al ejecutivo.

En cualquier caso, el problema de la responsabilidad del Estado legislador se supera en los supuestos en los que el ilícito se refiere a normas provistas de efecto directo. La afirmación del Tribunal de Justicia conforme a la cual «sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración

44 — Expresión contenida en el Preámbulo del Tratado CE.

45 — Véanse, especialmente, las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, citada en la nota 35, y de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, Rec. p. 1141).

pública, las disposiciones de una Directiva que respondan a las condiciones mencionadas y estimar, no obstante, que a la referida Administración pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que la infrinjan», [46] implica que también incumbe a la Administración pública la obligación de garantizar la tutela de los derechos que los particulares aleguen al amparo de normas comunitarias provistas de efecto directo. Desde tal punto de vista, de ello se deduce que, en el presente asunto, sí es posible invocar la responsabilidad de la Administración pública por haber adoptado medidas lesivas en aplicación de una ley que se considere incompatible con el Derecho comunitario o, en cualquier caso, por haber aplicado tal ley.

En este sentido, por ejemplo, parece haberse orientado el Conseil d'Etat francés, que ha deducido la responsabilidad del Estado de la infracción (*faute*) [47] de la autoridad administrativa cuando esta última ha aplicado una ley interna contraria al Derecho comunitario. [48] Es cierto que, en supuestos de esta naturaleza, el origen de la responsabilidad radica siempre en un acto ilegítimo imputable al legislador, esto es, en una ley incompatible con el Derecho comunitario. Sin embargo, corresponde evidentemente al Derecho nacional determinar si la imputación a la administración es un requisito, procesal o sustancial, «indispensable» para hacer responder al legislador o bien el modo correcto de proceder.

43. Lo que exige el Derecho comunitario, por lo que aquí interesa, es que, al menos, se configuren los instrumentos necesarios para que el particular pueda reclamar, y posiblemente obtener, el resarcimiento de los daños sufridos a consecuencia de violaciones del Derecho comunitario. Sin embargo, a este respecto hay que precisar que el problema de la determinación de un remedio jurisdiccional que aún no se conozca o esté permitido en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros no es insuperable ni nuevo. No lo es por razón de las circunstancias específicas del presente asunto ni lo es debido a que ya ha sido superado por el Tribunal de Justicia en algunos momentos históricos e indiscutidos de su jurisprudencia.

Así lo testimonian, en particular, asuntos como Simmenthal [49] y Factortame I, [50] en los que se planteaba al Tribunal de Justicia si determinado remedio jurisdiccional, cuya posibilidad era negada al Juez por el sistema

46 — Sentencia Fratelli Costanzo, citada en la nota 36, apartado 31.

47 — Apenas es necesario recordar que, respecto a la actividad normativa de la Administración pública, el término *faute* se interpreta en la doctrina y en la jurisprudencia administrativa francesa (autora de este concepto) en el sentido de mal funcionamiento del servicio público que, por tanto, y en la medida en que pueda parecer extraño, prescinde de la culpa. Efectivamente, el principio al que a menudo se remite es que «toute décision illégale est en principe fautive». Resumiendo: en el sistema francés, la diferencia entre *responsabilité par faute* y *responsabilité sans faute* no se corresponde tanto con la diferencia entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva como, al menos con cierta aproximación, a la distinción entre responsabilidad por acto ilegales y responsabilidad por actos legales.

48 — Sentencia de 28 de febrero de 1992, Arizona Tobacco Products GmbH, en *AJDA*, 1992, p. 210. Por el contrario, la cour administrative d'appel de París, en la sentencia de 1 de julio de 1992, Societé Dangeville, se refirió genéricamente a la responsabilidad del Estado al afirmar la obligación de indemnización por violación del Derecho comunitario imputable al legislador (*AJDA*, 1992, p. 728, con comentario crítico de Prétot).

49 — Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, Rec. p. 629).

50 — Sentencia citada en la nota 7.

procesal nacional, podía o debía reconocerse y aplicarse al amparo del Derecho comunitario.

44. En el asunto Simmenthal se trataba de la facultad del Juez italiano de no aplicar por sí mismo e inmediatamente una norma nacional que contradecía el Derecho comunitario, sin tener que incoar un juicio previo ante el Tribunal Constitucional que declarara la inconstitucionalidad de la misma. Al anclar en el Derecho comunitario la facultad-potestad del Juez nacional de no aplicar la norma en conflicto con el Derecho comunitario, desconocido en el ordenamiento jurídico nacional e incluso en presencia de una jurisprudencia constitucional opuesta, de forma expresa y reiterada, a esta posibilidad, el Tribunal de Justicia introdujo una excepción a la autonomía del Estado miembro respecto a los medios de tutela judicial de los derechos atribuidos a los particulares por el Derecho comunitario. Es interesante, también para el asunto que hoy nos ocupa, que, en Simmenthal, el Tribunal de Justicia había considerado inadmisible no la falta de tutela sino el mero retraso en la tutela, privilegiando, por otra parte, este punto de vista respecto a las ventajas, en cuanto a la certeza y el carácter definitivo, que proporcionaba indudablemente el sistema basado en el control de constitucionalidad que se practicaba hasta ese momento.

En el asunto Factortame I se volvió a plantear, exactamente como en el asunto Simmenthal, la cuestión de si, a falta de una facultad del órgano jurisdiccional nacional basada en su ordenamiento jurídico (en aquel caso la de suspender mediante medidas provisionales, la aplicación de una ley por su presunta, pero aún no declarada, incompatibilidad con el Derecho comunitario) podía basarse tal facultad en el propio Derecho comunitario. Al igual que en la sentencia Simmenthal, el Tribunal de Justicia respondió que un órgano jurisdiccional nacional debe remover los obstáculos a la tutela jurisdiccional efectiva de un Derecho invocado por el particular con arreglo a normas comunitarias: por tanto, debe dejar inaplicada la norma que establezca tales obstáculos.

45. En definitiva, la autonomía de los Estados miembros en cuanto a los remedios jurisdiccionales de la violación de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, afirmada por el Tribunal de Justicia repetidamente, [51] sufre considerables excepciones: concretamente, siempre que sea indispensable para garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario y una tutela completa y efectiva de los derechos que los particulares invocan al amparo del Derecho comunitario.

Así, por ejemplo, mientras en la sentencia Salgoil, el Tribunal de Justicia insistió en la obligación de los órganos jurisdiccionales

51 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de julio de 1981, Rewe (158/80, Rec. p. 1805), apartado 44, en la que se afirma que el Tratado no ha querido ni introducir procedimientos nuevos respecto a los ya existentes en los ordenamientos nacionales, ni reducir la facultad de los órganos jurisdiccionales de elegir los medios de tutela más idóneos. En realidad, tal afirmación tiene un alcance mucho menos absoluto de cuanto puede parecer a primera vista.

nacionales de garantizar a los particulares la tutela directa e inmediata de sus intereses, pero precisando que «corresponde al ordenamiento jurídico nacional determinar el órgano jurisdiccional competente para garantizar dicha protección y, a tal efecto, decidir cómo debe calificarse la posición individual así protegida», [52] en la sentencia Bozzetti desaparece tal ambigüedad. Efectivamente, en ella se afirma la obligación de garantizar «en cualquier caso» la tutela efectiva de los derechos de los particulares y que sólo dentro de estos límites precisos (con esta reserva) «no corresponde al Tribunal de Justicia intervenir en la solución de los problemas de competencia que puede suscitar, en el ámbito del sistema judicial nacional, la definición de determinadas situaciones jurídicas basadas en el Derecho comunitario». [53] El inciso «con esta reserva» es, evidentemente, la clave más importante para interpretar este pasaje, en la medida en que indica los límites de la autonomía de los ordenamientos nacionales y, en mi opinión, no es casualidad que el mismo inciso aparezca en el apartado 42 de la sentencia Francovich y otros.

46. Tampoco debe olvidarse que el también legislador comunitario ha introducido excepciones a la autonomía de los Estados miembros, por ejemplo en materia de contratos públicos regulados por el Derecho comunitario, precisamente desde el punto de vista del resarcimiento del daño. Me refiero, evidentemente, a la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, [54] y a la correspondiente Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, [55] sobre los medios de recurso relativo a los llamados sectores excluidos.

El legislador comunitario, frente a tal variedad de soluciones en los ordenamientos de los Estados miembros, además de intervenir en los aspectos de la tutela sustancial y, por tanto, real, ha intervenido en el supuesto de falta o insuficiencia de tutela real, estableciendo un sistema de indemnización del daño sufrido a consecuencia de la ilegalidad de los procedimientos de adjudicación de contratos, ciertamente desconocido en no pocos ordenamientos nacionales. [56]

47. En definitiva, bien puede decirse que la autonomía de los Estados miembros respecto a los remedios jurisdiccionales en caso de violaciones de derechos conferidos por normas comunitarias está estrechamente vincu-

52 — Sentencia de 19 de diciembre de 1968 (13/68, Rec. pp. 661 y ss., especialmente pp. 675 y ss.)

53 — Sentencia de 9 de julio de 1985 (179/84, Rec. p. 2301), apartado 17.

54 — DO L 395, p. 33.

55 — Directiva relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14).

56 — Esta disposición ha supuesto una innovación significativa en el ordenamiento jurídicos de muchos Estados miembros. Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, que quizá se encuentre entre los más garantistas y que, en cualquier caso, es uno de los pocos en los que es posible, tras la anulación del acto administrativo contrario a Derecho, anular también la situación contractual basada en él, la regulación del resarcimiento por las lesiones de situaciones clasificadas tradicionalmente en el grupo de los intereses legítimos y no en el de los derechos subjetivos constituye, aunque sólo referida al las relaciones reguladas por el Derecho comunitario (véase la sentencia nº 2667 de la Corte Di Cassazione, de 5 de marzo de 1993, en *Foro it.*, 1993, I, 3062), una auténtica *revolución cultural*.

lada al resultado perseguido por el Derecho comunitario. [57]

En los supuestos de violación de normas comunitarias por parte de los Estados, el resultado que debe alcanzarse, por lo que interesa en el presente asunto, para un correcto funcionamiento del sistema jurídico comunitario considerado en conjunto es el de procurar que se restablezca, si se cumplen distintos requisitos, la misma situación jurídica, al menos en su contenido patrimonial, que existiría si el Estado no hubiera incumplido la obligación que le impone el Derecho comunitario.

II. Sobre los requisitos de la obligación de indemnización a cargo del Estado

48. Por consiguiente, la responsabilidad se genera en cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario, incluido aquél en el que el daño se derive de violaciones de normas del Tratado provistas de efecto directo, independientemente del órgano del Estado (incluido el legislativo) al que sea imputable el daño. Queda ahora preguntarse qué requisitos deben cumplirse para que subsista la responsabilidad y, paralelamente, el derecho del particular al resarcimiento.

A falta de disposiciones comunitarias específicas que regulen esta materia, el problema reside en la definición de los requisitos que determinan la responsabilidad del Estado y en la posibilidad concreta de afirmar su subsistencia. Además, también debe considerarse la factibilidad de las posibles soluciones.

49. Ciertamente el Derecho comunitario podría perfectamente, como han propuesto varios Estados en este procedimiento, limitarse a afirmar que, en principio, la responsabilidad existe y que hay obligación de indemnizar, y dejar al Derecho nacional la misión de determinar sus requisitos y de regular el régimen tanto material como formal.

Sin embargo, como he señalado al principio, esta solución presenta grandes inconvenientes, fundamentalmente la de no garantizar el resultado que se persigue afirmando la existencia de responsabilidad, es decir, la tutela completa y efectiva de los derechos que invoca el particular basándose en normas comunitarias que se consideran violadas. La realidad de este riesgo queda demostrada por las numerosas cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales, que se suscitan precisamente porque, en los asuntos pendientes ante ellos, la normativa nacional

57 — Para un criterio ligeramente distinto, véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, de 15 de junio de 1995, en los asuntos Van Schijndel y Van Veen (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705, I-4707).

aplicable no garantiza el resarcimiento de los daños. En cualquier caso, es evidente que una mera remisión al Derecho nacional implicaría el riesgo de mantener un sistema discriminatorio, puesto que, frente a una misma infracción, el ciudadano comunitario se vería protegido de distinta forma o incluso absolutamente desprotegido.

50. Por tanto, con objeto de configurar la tutela a través de la indemnización de los daños, si no de forma idéntica en todos los Estados miembros, al menos de forma similar, es imprescindible que el propio Derecho comunitario establezca, al menos, los requisitos mínimos para que exista un derecho a indemnización, en particular los criterios con los que se determinen dichos requisitos, y fije los límites «comunitarios» aplicables a los requisitos «nacionales», procesales y materiales, de la indemnización.

De hecho, esta es la solución por la que se decantó el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros, si bien con algunas peculiaridades, impuestas por el contexto de dicho asunto. No hay motivo para considerar que esta solución sólo puede aplicarse en el supuesto de no adaptación del Derecho interno a una Directiva y no en los casos de infracción de disposiciones con efecto directo.

51. Recordaré que, en la sentencia Francovich y otros, el Tribunal de Justicia, si bien declaró que el Estado está obligado a reparar las consecuencias del daño causado en el marco de las disposiciones del Derecho nacional, determinó él mismo los requisitos que son «suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario» (apartado 41). Por tanto, cuando se cumplen los requisitos determinados por el Tribunal de Justicia, el Estado miembro al que es imputable la no adaptación de su Derecho a una Directiva está obligado, en cualquier caso, a indemnizar al particular los daños causados.

No obstante, esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que la presencia de estos requisitos baste a los fines de indemnización en caso de infracción del Derecho comunitario. Efectivamente, el Tribunal de Justicia ha aclarado que «si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado» (apartado 38).

52. Por consiguiente, los requisitos necesario para que se genere la responsabilidad del Estado pueden ser distintos en cada caso. No obstante, como sucedió en la sentencia Francovich y otros, debe tratarse siempre de requisitos determinados y definidos por el Derecho comunitario.

En otras palabras, en caso de infracción de disposiciones del Tratado que tengan efecto

directo, los requisitos fijados en la sentencia Francovich y otros pueden no ser necesarios y/o suficientes para dar lugar al derecho a indemnización. Sin embargo, en este caso también deben determinarse los requisitos que sean suficientes para que los particulares obtengan una indemnización. No hace falta recordar que los *requisitos necesarios,* como se deduce de la sentencia Francovich y otros, se refieren a los requisitos *materiales* de la responsabilidad.

53. Un somero examen de los regímenes de responsabilidad del Estado vigentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros muestra que, en general, puede considerarse aceptado, al menos, el principio de que de los actos que provocan daños responde el sujeto jurídico a quien es imputable el acto, siempre y cuando exista un nexo causal entre el acto y el daño.

Por tanto, los requisitos materiales de la responsabilidad son, más o menos, los mismos en todas partes: daño real, nexo causal entre daño y comportamiento del causante del daño e ilegalidad de dicho comportamiento. Por el contrario, las diferencias, que en algunos casos son importantes, puesto que afectan incluso, por ejemplo, a la naturaleza de la posición jurídica subjetiva protegida, [58] se refieren al forma en la que se determinan estos requisitos y a los criterios para afirmar que se han producido.

54. Por consiguiente, en el presente asunto no es tan necesario determinar los requisitos generales de la responsabilidad, que, en los distintos ordenamientos jurídicos prácticamente son los mismos, como fijar los criterios para afirmar que se han producido o, si se quiere, los criterios que permiten una determinación comunitaria de los citados requisitos.

A tal fin considero conveniente examinar en primer lugar los requisitos que el Tribunal de Justicia considera suficientes para generar el derecho del particular a una indemnización en el caso de no adaptación del Derecho interno a una Directiva.

1. *La solución Francovich*

55. La obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los daños ocasionados por la omisión legislativa ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia en los supuestos de no adaptación, en el plazo señalado, del Derecho interno a una Directiva, previa verificación de que se cumplen estos tres requisitos: «Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumpli-

58 — A este respecto baste recordar la peculiaridad (véase la nota 5) del ordenamiento jurídico italiano relativa a la imposibilidad de resarcir los daños ocasionados por la violación de *interessi legittimi.* Respecto al «triste capítulo de la protección delictual de intereses legítimos» en Italia, véase Ponzanelli: «L'Europa e la responsabilità civile», en *Foro it.,* 1992, IV, col. 150. La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional en el asunto Enichem Base y otros, citado en la nota 24, se refería precisamente a la violación de un interés legítimo.

miento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.» [59]

Se suscita una primera pregunta: ¿son estos requisitos también necesarios y suficientes en el supuesto de que los daños se hayan producido a consecuencia de una infracción de una disposición del Tratado provista de efecto directo?

56. Dejando aparte, de momento, el nexo causal, clásico requisito de la responsabilidad extracontractual, comenzaré señalando que el primer requisito, conforme al cual el resultado perseguido por la Directiva debe incluir él reconocimiento de derechos a los particulares, se refiere a la determinación de la posición jurídica subjetiva cuya violación puede dar lugar a indemnización. Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, debe suponerse que, con estos términos, el Tribunal de Justicia desea referirse, en general, a todas las posiciones jurídicas individuales tuteladas por el Derecho comunitario; por consiguiente, constituye éste un requisito que, en el supuesto de normas provistas de efecto directo, siempre se cumple por definición.

El segundo requisito, que, a primera vista, parece una mera especificación del primero, hace referencia a la necesidad de que el derecho que se deduzca de la Directiva tenga un contenido exacto, esto es, un objeto determinable, con la consecuencia, de nuevo, de que dicho requisito debe considerarse cumplido, por definición, en el caso de disposiciones del Tratado provistas de efecto directo. [60] Llegados a este punto es conveniente señalar que, tanto en el asunto Francovich y otros como en Dillenkofer y otros (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94), respecto a los que presento también hoy mis conclusiones, el contenido del derecho concedido a los particulares coincide exactamente con el contenido patrimonial del mismo derecho que dichos particulares alegan basándose en las disposiciones comunitarias de que se trata y, por lo tanto, con el daño indemnizable. [61] Naturalmente esto no significa que dicho requisito deba interpretarse en el sentido de que la posibilidad de obtener indemnización por el daño concreto sufrido dependa de la posibilidad de determinar el contenido exacto de la pérdida patrimonial de cada uno basándose en el precepto infringido. Por el contrario, basta que la infracción de la norma que otorgue a los particulares un derecho cuyo contenido puede determinarse exactamente haya afectado los intereses económicos de la parte lesionada. Efectivamente, de no ser así, la indemnización de los daños se limitaría exclusivamente a los supuestos en los que la finalidad de la norma infringida consista precisamente en conceder al particular un «derecho patrimonial».

57. Las consideraciones precedentes permiten llegar a una primera conclusión: eviden-

59 — Estos tres requisitos, que el Tribunal de Justicia señaló en la sentencia Francovich y otros (apartado 40), se han reproducido aquí, sin embargo, tal y como el Tribunal de Justicia los subrayó y resumió en el apartado 27 de la sentencia Faccini Dori, citada en la nota 37.

60 — A este respecto, *vide infra*, punto 75.

61 — En el asunto Francovich y otros, recordaré, se trataba de la cantidad adeudada a un trabajador a consecuencia de la insolvencia del empresario; en el asunto Dillenkofer y otros, se trata de las cantidades pagadas por adquirentes de viajes combinados que no llegaron a realizarse nunca.

temente, los requisitos enumerados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros en la medida en que se refieren a la posición jurídica que deben detentar los particulares para poder alegar un derecho a indemnización, son necesarios y se cumplen en el caso de disposiciones provistas de efecto directo. La cuestión que debe aclararse a continuación es si dichos requisitos son suficientes en cualquier caso.

Para responder a esta cuestión hay que preguntarse los motivos por los que el Tribunal de Justicia se limitó a los citados requisitos y, por ejemplo, no enumeró también exactamente los criterios que permiten determinar que determinada violación del Derecho comunitario constituye un comportamiento ilegal que puede generar la responsabilidad del Estado. Como ya se ha dicho, en esa ocasión el Tribunal de Justicia se refirió expresamente sólo a uno de los requisitos clásicos de la responsabilidad: el nexo causal. Por el contrario, no aclaró los aspectos de la ilegalidad del comportamiento del autor del daño ni de la existencia real de un daño y, por tanto, no prescribió a los órganos jurisdiccional nacionales que procedieran a un control de estos aspectos.

58. En mi opinión, esta opción, que efectuó el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros, se debió simplemente a que, en ese caso concreto, era evidente a primera vista que se cumplían los dos requisitos a que acabo de referirme. Es indudable que la *omisión* del Estado era contraria a Derecho puesto que no se había alcanzado el resultado perseguido por la Directiva, respecto al cual dicho Estado no dispone de facultad discrecional, al menos por lo que se refiere al plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a la misma. También era indudable que se había producido efectivamente un daño, que coincidía fundamentalmente con la cantidad a la que habría tenido derecho el demandante si el Derecho interno se hubiera adaptado a la Directiva dentro del plazo señalado.

Por tanto, en estas circunstancias el Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta que había declarado previamente que los particulares no podían invocar directamente la Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, se limitó a señalar que, para que se genere una obligación resarcitoria del Estado miembro incumplidor, debe ser posible identificar un derecho preciso de los particulares.

59. Por consiguiente es indiscutible que, respecto a la responsabilidad del Estado y su obligación resarcitoria, la sentencia Francovich y otros constituye prácticamente un ejemplo paradigmático. El hecho de que el Tribunal de Justicia no sintiera la necesidad de especificar los límites de la responsabilidad del Estado, en particular en la medida en que omitió expresamente indicar los criterios *comunitarios* de la ilegalidad del comportamiento del Estado, constituye, por tanto, simplemente la consecuencia de la particularidades del asunto que se le había sometido. A este respecto es significativo que, en la doctrina, se hayan producido reacciones distintas e incluso opuestas: algunos autores

consideran que el Tribunal de Justicia únicamente quiso, de esa forma, perseguir las infracciones graves o culposas; [62] otros, por el contrario, consideran que, de la sentencia Francovich y otros se desprende que cualquier infracción del Derecho comunitario genera responsabilidad y obligación de indemnizar. [63]

Por tanto, el hecho de que en la sentencia Francovich y otros no estén determinados claramente los criterios que, según el Derecho comunitario, deben cumplirse para que se genere la responsabilidad del Estado, guarda una relación muy estrecha con la particular simpleza del asunto concreto. Por consiguiente, la afirmación del Tribunal de Justicia conforme a la cual los requisitos del derecho a indemnización dependen de «la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado» no sólo debe interpretarse en el sentido de que los requisitos generales de responsabilidad son distintos, dependiendo de la naturaleza de la violación, sino también en el sentido de que aspectos especialmente característicos de determinado tipo de violaciones, como la no adaptación del Derecho interno a una Directiva, son de tal naturaleza que no se precisa examinar más detalladamente si se cumplen uno o varios de los requisitos de la misma.

60. Interpretar la sentencia Francovich y otros de otro modo significaría que cualquier infracción del Derecho comunitario que produjera efectos en la esfera patrimonial de un sujeto de Derecho que ocupa una posición jurídica alegada conforme al Derecho comunitario implica *per se* y automáticamente un derecho a indemnización.

No creo que este sea el resultado querido por el Tribunal de Justicia o por el Derecho comunitario. Habida cuenta de que, como ya he señalado, en todas las tradiciones jurídicas la responsabilidad por la actividad normativa de la Administración pública está limitada en diversas formas, este resultado no sería razonable. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de las Instituciones comunitarias en su actividad legislativa sigue un camino muy distinto.

2. La jurisprudencia relativa al párrafo segundo del artículo 215

61. Aunque éste no sea el lugar apropiado para analizar y discutir esta jurisprudencia, considero necesario mostrar la necesidad de reflexionar profundamente sobre ello. Efectivamente, en el presente procedimiento los Estados miembros se han referido permanentemente a esta jurisprudencia, reclamando los criterios desarrollados en la misma también

62 — Temple Lang muestra, entre otros, que la no adaptación del Derecho interno a una Directiva constituye una infracción consciente, por tanto premeditada y, consiguientemente, culposa: «New Legal Effects Resulting from the Failure of Satates to Fulfil Obligations under European Community Law: The Francovich Judgment», en *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, pp. 1 y ss.

63 — En el sentido de que se trata de una responsabilidad objetiva, en la que carece de relevancia la culpa, véase, por ejemplo, Caranta: «Governmental Liability after Francovich» en *The Cambridge Law Journal*, 1993, pp. 272 y ss., y Tatham: «Les recours contre les attentes portées aux normes communautaries par les pouvoirs publics en Anglaterre», en *Cahiers de droit européen*, 1993, pp. 597 y ss.

para afirmar la responsabilidad por violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables.

Este criterio no parece completamente desprovisto de fundamento si se piensa, por una parte, que el párrafo segundo del artículo 215 se remite, para la indemnización de los daños causados por las Instituciones comunitarias en el ejercicio de sus funciones, a los principios generales del Derecho reconocidos habitualmente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por otra parte, que, consiguientemente, esta jurisprudencia podría y debería ser un marco de referencia útil para determinar las normas comunitarias de responsabilidad del Estado, habida cuenta de la inexistencia de normas uniformes en este ámbito.

62. El Tribunal de Justicia, al menos a primera vista y a diferencia de lo que propuesto el Abogado General Sr. Mischo en las conclusiones que presentó en el asunto Francovich y otros, no parece haber pretendido someter la responsabilidad del Estado a los mismos estrictos requisitos que exige, en su jurisprudencia, para afirmar la responsabilidad de la Comunidad.

Sin embargo, antes de examinar cada uno de los requisitos generales de la responsabilidad, considero conveniente dedicar algunas observaciones a la cuestión de si el supuesto de una infracción del Derecho comunitario imputable a un Estado es comparable a la misma infracción cometida por las Instituciones comunitarias y, por consiguiente, si los criterios desarrollados en la jurisprudencia en esta materia pueden constituir un marco de referencia útil en situaciones comparables.

63. A tal fin recordaré, en primer lugar, que es jurisprudencia reiterada que «la responsabilidad de la Comunidad derivada de su actividad legislativa exige el concurso de un conjunto de requisitos en lo que se refiere a la ilegalidad de un acto de las Instituciones, a la realidad del perjuicio y a la existencia de un vínculo de causalidad entre el acto y el perjuicio invocado». [64] Así, los requisitos materiales son, como no podía ser menos, los mismos también en el supuesto de responsabilidad de las Instituciones comunitarias.

Sin embargo, esta jurisprudencia estableció requisitos tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño. [65]

64. En realidad, los límites trazados en la jurisprudencia relativa a las demandas basadas en el artículo 215 del Tratado descansan en la generalizada opinión de que los daños

64 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de diciembre de 1987, Grands Moulins de Paris/Consejo y Comisión (50/86, Rec. p. 4833), apartado 7.

65 — De hecho, hasta hoy sólo se han condenado en ocho ocasiones a Instituciones comunitarias al pago de una indemnización de daños.

causados por el legislador no son, en principio, susceptibles de indemnización. No obstante, el Tribunal de Justicia ha explicado su criterio restrictivo declarando que «el poder legislativo, incluso dónde existe un control jurisdiccional sobre la validez de sus actos, no puede ser obstaculizado al adoptar su decisiones por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios siempre que adopte normas jurídicas de interés general que puedan afectar los intereses de particulares». [66]

Sin embargo, este criterio se ha aplicado en no pocos casos, lo que resulta sorprendente.

65. Los límites a la responsabilidad de la Comunidad no sólo se han invocado y aplicado respecto a actos legislativos que requieren una amplia facultad discrecional por parte de la Institución correspondiente, sino también respecto a medidas incluidas en la categoría de medidas de ejecución (el ejemplo típico lo constituyen los Reglamentos de ejecución de la Comisión). [67] EL Tribunal de Justicia ha aplicado fundamentalmente los criterios restrictivos empleados para comprobar la existencia de responsabilidad de la Comunidad para actos normativos de carácter general también en aquellos casos en los que los daños fueron producidos por una medida individual que, de hecho, no implicaba en absoluto una decisión de política económica de tanto alcance que habría exigido la mayor protección posible de la facultad discrecional de las Instituciones.

Indiscutiblemente, habría sido más acertado aplicar diferentes regímenes de responsabilidad dependiendo de que se trate de una actividad puramente normativa o de una actividad de aplicación, puesto que, en principio, la facultad discrecional concedida a la Comunidad es claramente distinta en cada uno de los casos. [68] Hablando de forma más general, el hecho de que, para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad se exija, en la práctica, un comportamiento arbitrario, se justifica cuando la Institución comunitaria dispone de una amplia facultad discrecional, como sucede en el ámbito de la política agraria; por el contrario, no está justificado cuando los requisitos del ejercicio de la facultad reconocida a la Institución están determinados de manera clara y precisa. [69] Efectivamente, en el último caso, la infrac-

66 — Sentencia de 25 de mayo de 1978, HNL/Consejo y Comisión (asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209), apartado 5.

67 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de septiembre de 1985, Asteris y otros/Comisión (asuntos acumulados 194/83 a 206/83, Rec. p. 2815), apartados 21 y 22, en la que el Tribunal de Justicia negó la existencia de responsabilidad de la Comunidad por el hecho de que la Comisión, al aplicar un Reglamento del Consejo, había fijado erróneamente el importe de la ayuda comunitaria para concentrados de tomate. Véase, asimismo, la sentencia de 26 de junio de 1990, Sofrimport/Comisión (C-152/88, Rec. p. I-2477), en la que, a pesar de afirmar la responsabilidad de la Comisión respecto a un Reglamento de la Comisión adoptado en aplicación de un Reglamento de la Comisión que aplicaba, por su parte, un Reglamento del Consejo, que afectaba fundamentalmente a un particular, aplicó los rígidos criterios usados para las medidas legislativas que implican una opción de política económica.

68 — A este respecto, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Biancarelli, presentadas en el asunto dirimido mediante sentencia de 27 de junio de 1991, Stahlwerke Peine-Salzgitter/Comisión (T-120/89, Rec. pp. II-279 y ss., especialmente p. II-340), en las que se decía que, en materia de responsabilidad son relevantes «especialmente el margen de discrecionalidad de que dispone la Comisión al adoptar sus decisiones y el contexto económico, más o menos complejo, en el que se adopta la decisión».

69 — Esta cuestión se suscitó y analizó recientemente ante el Tribunal de Primera Instancia en un asunto en materia antidumping en el que la demandante consideraba que la responsabilidad de la Comunidad debía ser analizada de distinta forma dependiendo de si la infracción imputada a la Institución se debía a una violación de normas relacionadas con la valoración de datos económicos complejos o, como sucedía en ese asunto concreto, se refería a disposiciones procedimentales que las Instituciones están obligadas a observar. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia consideró que no podía compartir este criterio y se limitó a declarar simplemente que los Reglamentos relativos a medidas antidumping son actos normativos que incluyen decisiones de política económica (sentencia de 18 de septiembre de 1995, Nölle/Consejo y Comisión, T-167/94, Rec. p. II-2589, apartados 44 a 52).

ción del precepto de que se trate debe ser considerado como una infracción que genera la responsabilidad de la Comunidad. [70]

66. En resumen, si, conforme a la jurisprudencia Francovich y otros, los daños que se derivan de una normativa nacional incompatible con un precepto comunitario deben ser considerados susceptibles de indemnización, resulta difícil comprender por qué los daños que se derivan de un acto de la Comunidad *incompatible con el mismo precepto comunitario,* sólo son susceptibles de indemnización si se cumplen los restrictivos requisitos enumerados (hasta hoy) por el Tribunal de Justicia. [71] Sin embargo, como se ha indicado desde diversas instancias, una Comunidad de Derecho que pretende dedicar cada vez más atención y ser cada vez más sensible a la protección de los particulares, también desde el punto de vista del resarcimiento del daño, también debería dedicar, al menos, la misma atención a los supuestos en los que los daños ocasionados a los ciudadanos se derivan de una actuación ilícita imputable a las propias Instituciones comunitarias. [72]

Desde este punto de vista tampoco considero que pueda argüirse válidamente que la aplicación a los recursos nacionales por responsabilidad extracontractual de los requisitos aplicables a los recursos con arreglo al artículo 215 constituya un retroceso respecto a los regímenes existentes en algunos de los ordenamientos jurídicos. Efectivamente, desde el punto de vista de los requisitos para la tutela de los derechos reconocidos a los particulares por el ordenamiento comunitario no sería admisible que la tutela judicial que pudiera obtenerse en la Comunidad se rigiera por criterios más restrictivos y, en definitiva, menos liberales que los que rigen en, al menos, algunos Estados. [73]

67. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, opino que no hay razón para aplicar distintos criterios —naturalmente en situaciones similares— dependiendo de que la infracción a la norma comunitaria de que se trate sea imputable al Estado o a una Institución comunitaria. Y viceversa, distintas situaciones pueden y deben llevar a distintas conclusiones por lo que respecta a los criterios empleados para averiguar si se han cumplido los requisitos de responsabilidad, de los Estados miembros o de las Instituciones comunitarias.

En concreto, para efectuar un primer análisis considero absolutamente razonable que la responsabilidad del Estado esté sometida a los requisitos restrictivos aplicables a las Instituciones comunitarias siempre que los Esta-

70 — Véanse, asimismo, las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en el asunto en el que recayó la sentencia de 8 de abril de 1992, Cato/Comisión (C-55/90, Rec. pp. I-2533 y ss., especialmente p. I-2561).

71 — Este es el problema que se planteó en el asunto Bourgoin en el procedimiento ante la Court of Appeal, Civil Division, 29 de julio de 1985 (*Common Market Law Report* 1986, p. 267); a este respecto, véase Simon-Barav, «La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire», en *RMC,* 1987, pp. 165 y ss., especialmente pp. 170 y ss.; Oliver, «Enforcing Community Rights in the English Courts», en *The Modern Law Review,* 1987, pp. 881 y ss., especialmente pp. 899 y ss.

72 — A este respecto véase, por ejemplo, Cartabia: «Omissioni del legislatore, diritte sociale e risarcimento dei danni», en *Giurisprudenza costituzionale,* 1992, pp. 505 y ss.

73 — A este respecto, véanse los trabajos del Congreso del FIDE de 1992: FIDE, «La sanction des infractions au droit communautaire», Tomo II, Lisboa, 1992.

dos dispongan de una facultad discrecional o no sean evidentes los límites impuestos a su actividad por la normativa comunitaria, quizás en sectores que (también) estén incluidos en el ámbito de su competencia y ello, aclarémoslo, independientemente de que la disposición «infringida» tenga o carezca de efecto directo.

Y viceversa, la responsabilidad de los Estados miembros debe ser cada vez más fácil de afirmar, al igual que la de las Instituciones comunitarias, cuando la infracción no guarde relación con el ejercicio de una facultad discrecional.

68. Por tanto, debería alcanzarse un sistema de responsabilidad diferenciada dependiendo de que las Instituciones comunitarias (y las autoridades nacionales) tengan una amplia facultad discrecional. En mi opinión, esa es la manera más correcta y consistente de llevar a cabo la armonización, absolutamente necesaria, de los requisitos de responsabilidad, ya que sería, como poco, extraño, que comportamientos similares dieran lugar a la responsabilidad de los Estados por infracciones del Derecho comunitario supeditada a requisitos menos estrictos que los que el Tribunal de Justicia expone a la responsabilidad de las Instituciones comunitarias.

En una Comunidad de Derecho que pretende que los actos y los comportamientos de todos los protagonistas del sistema estén sometidos a control jurisdiccional, sin conceder privilegios a nadie, la exigencia de una tutela efectiva de los derechos que invocan los particulares basándose en el Derecho comunitario no puede ser distinta, en situaciones similares, dependiendo de que los daños hayan sido causados por un Estado miembro o por la Comunidad.

69. Por lo tanto, el siguiente examen también tendrá en cuenta, como punto de referencia para determinar la obligación de indemnizar de los Estados miembros, los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa al artículo 215. Por supuesto, ello no supondrá una aplicación «ciega» de estos requisitos (restrictivos) al ámbito que nos interesa. Efectivamente, no olvido que, al aplicar el Derecho comunitario, los Estados miembros a menudo sólo disponen de una facultad muy limitada, de forma que los mencionados requisitos en tales casos podrían desencadenar mucho más fácilmente la responsabilidad. Sin embargo, considero que tampoco debe excluirse que, puesto que la obligación impuesta al Estado carece de precisión, la aplicación de esos criterios restrictivos también puede ser necesaria cuando el Estado no disponga de una amplia facultad discrecional en el ámbito de que se trate.

3. *Los criterios «comunitarios» de los requisitos generales de responsabilidad*

70. A continuación, pasaré a examinar cada uno de los requisitos materiales de responsa-

bilidad, comenzando por el acontecimiento que ocasiona el daño, es decir, por lo aquí interesa, la infracción de disposiciones comunitarias con efecto directo.

a) *El hecho que causa el daño: infracción de normas comunitarias*

71. La determinación de los límites de responsabilidad guarda una relación primordial y esencial con la definición del comportamiento ilegal. Nadie niega que la conducta dañosa, la medida legislativa por lo que aquí interesa, debe infringir los preceptos del ordenamiento jurídico. No obstante, para que tales actos ilegales generen responsabilidad y, por tanto, rescisión, cada uno de los Estados emplea distintos conceptos, [74] cuyos significados no son siempre equivalentes y cuya aplicación práctica puede dar lugar, en ocasiones, a diferentes soluciones aplicadas a la infracción de un mismo precepto. Ello confirma, una vez más, que es necesario —especialmente por lo que se refiere al comportamiento que genera el daño— establecer los criterios que permitan formular una definición común de este comportamiento.

Por lo que se refiere a la actividad legislativa de las autoridades públicas, el Consejo de Europa efectuó un primer intento en ese sentido, a través de una Recomendación, cuyo principio I reza como sigue: «Doit être assurée la réparation des dommages causés par un acte dû à un manquement des pouvoirs publics à la conduite à laquelle, selon le droit, on peut raisonnablement s'attendre de leur part à l'egard de la personne lésée. Le manquement est présumé en cas de violation d'una norme juridique établie.» [75] Por tanto, conforme a esta Recomendación, la mera ilegalidad del comportamiento no basta para generar la responsabilidad del Estado. Efectivamente, independientemente de los supuestos en los que el precepto cuya infracción se supone es claro, se requiere, además, que el comportamiento imputado a las autoridades públicas no sea «razonable».

72. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual ha afirmado continuamente que, si el daño sufrido es resultado de una medida legislativa que implique una opción de política económica, el hecho de que la medida de que se trata sea inválida no es suficiente para que la Comunidad incurra en responsabilidad. Efectivamente, en el supuesto de un acto de esta naturaleza [76] la responsabilidad de la Comunidad no puede generarse sin una *violación suficientemente grave de una norma jurídica de rango superior destinada a proteger a los particulares.* [77]

74 — Por limitarnos a sólo algunos ordenamientos jurídicos, baste pensar en el *illecito* en la normativa italiana, la *faute* del sistema francés, el *Verschulden* alemán, la *breach of duty of care* o incluso la *misfeasance in public office* del Derecho inglés.

75 — Recomendación R (84) 15, de 18 de septiembre de 1984.

76 — Como ya se ha dicho, desde el punto de vista de la jurisprudencia al respecto, parece que todos los actos legislativos de la Comunidad impliquen opciones de política económica.

77 — Véanse, especialmente, las sentencias HNL/Consejo y Comisión, citada en la nota 66, apartado 4, y de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros/Consejo y Comisión (asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061), apartado 12.

Por consiguiente, si es cierto que, al menos se necesita que la medida perjudicial sea ilegal para incurrir en responsabilidad extracontractual, hay que añadir inmediatamente que esta responsabilidad por daños causados por comportamientos que implican una opción de política económica depende de otros dos requisitos: que la norma violada sea una «norma jurídica de rango superior» y que la infracción sea «suficientemente caracterizada» («hinreichend qualifiziert», «suffisamment caracterisée», «sufficiently serious breach»).

— Carácter manifiesto y grave de la infracción

74. Por lo tanto procede examinar, si bien con las reservas y diferenciaciones necesarias por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad, si, para generar la responsabilidad de los Estados miembros, la infracción de que se trate debe ser manifiesta y grave y, naturalmente, qué debe entenderse por carácter manifiesto y grave de la infracción.

73. Una vez dicho esto, quisiera señalar que todos los Estados que han presentado observaciones en estos procedimientos han excluido la coincidencia completa entre los motivos de la invalidez del acto y los requisitos de responsabilidad arguyendo que no todas las infracciones del Derecho comunitario son aptas para desencadenar la responsabilidad del Estado y, por ende, la obligación de resarcir al particular.

Como ya he señalado, este criterio se define en la jurisprudencia aplicable como «en un contexto de normas comunitarias que se caracteriza por el ejercicio de un amplio poder discrecional, indispensable para la ejecución de la política agrícola común, la Comunidad únicamente puede incurrir en responsabilidad, de manera excepcional, en los supuestos en los que la Institución de que se trate haya sobrepasado, manifiesta y gravemente, los límites impuestos al ejercicio de sus poderes», [78] siempre y cuando, claro está, la infracción de que se trate lo sea de una norma de rango superior destinada a proteger a los particulares.

Por consiguiente, para afirmar la existencia de una obligación de resarcir a cargo del Estado miembro infractor, habrá que basarse, por una parte, en los mismos criterios formulados por la jurisprudencia relativa al artículo 215, es decir, fundamentalmente al concepto de violación grave y manifiesta y, por otra parte, en el concepto de culpa que constituye un elemento necesario para «caracterizar» (de grave) la infracción de la norma o, en cualquier caso, un elemento imprescindible y esencial de la responsabilidad.

75. Este último requisito parece ser, por lo que aquí interesa, el menos controvertido. Es obvio que, para que el particular pueda

78 — Véase la sentencia Grands Moulins de Paris/Consejo y Comisión, citada en la nota 64, apartado 8. Véanse además, entre otras, las sentencias de 18 de abril de 1991, Assurances du Crédit/Consejo y Comisión (C-63/89, Rec. p. I-1799), apartado 12, y, como más reciente, de 14 de septiembre de 1995, Lefebvre y otros/Comisión (T-571/93, Rec. p. II-2379) apartado 32.

alegar un derecho al resarcimiento, la norma infringida debe estar configurada de forma que le conceda una posición jurídica subjetiva. En este sentido deben entenderse, además, los dos primeros requisitos enumerados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros y cuyo cumplimiento se requiere y se produce, como ya se ha dicho, también en el supuesto de normas con efecto directo.

Desde mi punto de vista, cuando se trata de normas del Tratado con efecto directo, esto es, en el caso que nos ocupa, es preciso hacer otras precisiones. En particular, debe aclararse que la circunstancia de que, hasta ahora, estas normas estén destinadas, en la mayoría de los casos o a menudo, a proteger otros intereses, no basta por sí sola para excluir que se trate de normas de protección de los particulares.

76. A continuación, por lo que se refiere al requisito de que la norma infringida sea una norma *de rango superior,* apenas es preciso señalar que la ilegalidad de un acto normativo supone, por definición, que este acto infrinja una norma de rango superior. Es cierto que esta fórmula de la jurisprudencia relativa al artículo 215 no sirve para perseguir cualquier infracción de los límites impuestos por normas de rango superior, aunque éstas se hayan adoptado para tutelar a los particulares, sino exclusivamente para perseguir infracciones contra principios generales del ordenamiento jurídico y, por tanto, se emplean, en último término, para calificar de grave la infracción de que se trate.

A este respecto añadiré inmediatamente que no considero apropiado proponer la misma solución también para la responsabilidad del Estado por infracciones del Derecho comunitario. Efectivamente, si la obligación de los Estados miembros de indemnizar los daños se impone para garantizar a los particulares una tutela efectiva de los derechos que alegan basándose en disposiciones comunitarias, de ello se deduce que no sería fácil averiguar los motivos que justificaran la limitación de la tutela a los casos de infracción de un determinado grupo de normas —aunque éstas sean básicas para el sistema comunitario.

77. De hecho, desde el punto de vista de los particulares dañados, resulta completamente claro que cualquier violación de una norma comunitaria que le otorga una posición jurídica subjetiva debe ser apta para dar lugar a indemnización. Por ende, la infracción de un precepto de un Reglamento no producirá, respecto a los particulares, consecuencias distintas de las que se derivan de la infracción de una norma del Tratado; actualmente considero menos apropiado que nunca distinguir entre preceptos del Tratado y declarar, por ejemplo, que la infracción de determinadas normas básicas, y no de otras, es la única que puede generar la responsabilidad del Estado miembro infractor. [79]

79 — Habría que determinar, además, cuales son las disposiciones que, por su alcance y finalidad y con objeto de garantizar su eficacia, merecen ser tuteladas mediante indemnización del daño: La prohibición de discriminación por razón de la residencia, que, indudablemente, es fundamental para garantizar la eficacia de la libertad de prestación de servicios, ¿es tan fundamental o menos fundamental que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad?

Considero que, desde el punto de vista analizado hasta ahora, basta con que la disposición infringida otorgue a los particulares un derecho cuyo contenido sea determinable y preciso. No es preciso señalar que lo mismo debe predicarse respecto a la responsabilidad de las Instituciones comunitarias.

78. Una vez aclarado este extremo, procede precisar el contenido del concepto, determinante para nuestros propósitos, de infracción grave y manifiesta.

Considero que, para trazar los límites de la posibilidad de derivar una responsabilidad de una actuación contraria a Derecho, puede y debe ser decisivo el criterio de la discrecionalidad, independientemente del rango de la norma infringida (Tratado o Derecho derivado, ambos, en cualquier caso, con primacía sobre el Derecho nacional) y del comportamiento que la infringe (legislativo o ejecutivo). Efectivamente, la mayor o menor discrecionalidad de la que dispone el Estado coincide, por regla general, con la mayor o menor claridad y precisión de la obligación que le incumbe. De hecho, aunque en casos en los que la facultad discrecional concedida al Estado presenta menor relevancia, o incluso ninguna, pueden existir perfectamente obligaciones que no están en absoluto claras o, mejor dicho, que presentan contornos imprecisos. La consecuencia es que, respecto a tales casos, no se han trazado de forma clara, precisamente por ese motivo, los límites a la actuación del Estado, de forma que la situación no se distingue mucho, materialmente, de la situación en la que los Estados dispone de un margen significativo de discrecionalidad.

79. Esto significa que el Estado también puede cometer, en el caso de normas con eficacia directa, infracciones que no sólo por ese motivo deben considerarse *graves y manifiestas*. Lo explicaré con un ejemplo que se refiere a dos normas con efecto directo. La prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 6 del Tratado) determina con precisión el derecho del particular, que consiste, simplemente y sin alternativa posible, en el derecho a no ser discriminado. No cabe decir lo mismo de la norma que prohíbe las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente (artículo 30 del Tratado), habida cuenta de la variedad de situaciones de hecho que pueden presentarse en este ámbito. En ese supuesto, el derecho del particular a que su actividad no sea obstaculizada por medidas prohibidas por este artículo, que, considerado en sí mismo, es suficientemente claro, puede estar limitado por lo dispuesto en el artículo 36 del Tratado o incluso, en el caso de medidas indistintamente aplicables, por motivos imperativos que invoque un Estado para la consecución de un objetivo considerado digno de tutela por el Derecho comunitario. La consecuencia de todo ello es que la medida nacional de que se trate, que, en principio, es incompatible con el Derecho comunitario, puede perfectamente estar excluida del ámbito de aplicación del artículo 30 o estar incluida en las excepciones del artículo 36 del Tratado. A tal fin, apenas es preciso señalarlo, puede ser necesaria una determinación previa por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y/o comunitarios.

Además, debe aclararse que, a los fines que aquí interesan, lo decisivo no es tanto la circunstancia de que los Estados dispongan de una amplia facultad discrecional en un determinado ámbito, sino la amplitud de la

facultad de que disponen respecto a cada una de las normas que conceden a terceros un derecho. [80] Precisamente en este sentido coincide, en último término, la facultad discrecional de los Estados con la mayor o menor precisión de las obligaciones que les impone la norma.

Por tanto, la responsabilidad y la obligación de indemnizar deben afirmarse en todos esos ámbitos y referidas a todas las normas que no reconocen a los Estados miembros una facultad discrecional significativa, en el sentido antes citado, simplemente debido a la infracción de una norma comunitaria que concede a los particulares un derecho preciso y de contenido determinable, sin que deban tenerse en cuenta otros factores.

80. Formulando de esta forma la cuestión, se descubre que la responsabilidad del Estado se genera, en principio, siempre que el Derecho comunitario impone al Estado la obligación de alcanzar un resultado concreto. Esto es precisamente lo que sucede, como confirmó ya el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros, cuando no se ha adaptado el Derecho interno a una Directiva en el plazo señalado, siempre y cuando, claro está, se cumplan los demás requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia. También es este el caso de todas esas normas, incluso del Tratado, que se limitan a imponer a los Estados obligaciones de no hacer claras y precisas (piénsese en la prohibición del artículo 12 del Tratado, de establecer nuevos derechos de aduana y, en general, en todas las cláusulas de *standstill)* y de las que se deducen, simultáneamente, derechos a favor de los particulares.

81. Por el contrario, cuando los Estados disponen de una facultad discrecional más o menos amplia o las obligaciones que les impone el Derecho comunitario no están definidas de forma clara y precisa, sólo se aplicará la misma solución si los límites impuestos a su actividad no han sido respetados de forma manifiesta y grave. Así sucederá evidentemente, cuando la norma que se considere infringida sea clara, bien en el sentido precisado en la sentencia Cilfit [81] o porque el Tribunal de Justicia la ha precisado respecto a un asunto similar o, al menos, análogo, [82] para lo cual es irrelevante que dicha precisión se haya efectuado en una sentencia dictada con carácter prejudicial o en un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado.

Por lo que se refiere a este último aspecto, no es necesario recordar que, en contra de lo alegado por determinados Estados miembros

80 — Señalaré, por ejemplo, remitiéndome a lo ya dicho, que, aunque el artículo 30 del Tratado no guarde, ciertamente, relación alguna con el ejercicio de una amplia facultad discrecional por parte de los Estados miembros, debe reconocerse que los límites que impone a la acción de los Estados miembros no han sido siempre claros y precisos, como muestra, por otra parte, el desarrollo de la jurisprudencia en esta materia. Por el contrario, la facultad que conservan los Estados miembros, por ejemplo conforme al artículo 129 A del Tratado (protección de los consumidores), no puede ser considerada apta para justificar la aplicación de requisitos de responsabilidad más estrictos si, por ejemplo, una norma nacional excluye a los ciudadanos de otros Estados miembros del beneficio de las normas nacionales en la materia.

81 — Sentencia de 6 de octubre de 1982 (283/81, Rec. p. 3415), apartados 16 y 17.

82 — Respecto a una declaración análoga, si bien relativa a la obligación de plantear una cuestión prejudicial con arreglo al párrafo tercero del artículo 177 del Tratado, véase la sentencia de 27 de marzo de 1963, Da Costa & Schaake (asuntos acumulados 28/62 a 30/62, Rec. p. 59).

en este procedimiento, no existe razón para supeditar la acción de responsabilidad a una previa declaración de incumplimiento. A este respecto, debe considerarse la facultad discrecional de la que dispone la Comisión al decidir si debe incoar un procedimiento por incumplimiento, con la consecuencia de que quedaría incontroladamente reducida la posibilidad de los particulares de obtener una indemnización. Además, como ha declarado el propio Tribunal de Justicia, «el derecho de los particulares no se deriva de la sentencia [que declara el incumplimiento] sino de las disposiciones del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico nacional». [83]

82. Si, por el contrario, los Estados miembros disponen de una amplia facultad discrecional o se trata de una normativa equívoca que aún no ha sido analizada por la jurisprudencia, ni siquiera respecto a situaciones análogas, el análisis debe ser forzosamente diferente. Ya en abstracto, tiene que reconocerse que, en tales supuestos, difícilmente podrá declararse un incumplimiento manifiesto y grave de los límites impuestos a la actuación de los Estados, al menos en la medida en que la jurisprudencia relativa al artículo 215 lo identifica con un comportamiento *quasi arbitrario*. [84]

Por consiguiente, en tales casos el particular conserva la posibilidad de invocar la tutela material de la posición jurídica que le concede la norma infringida. Naturalmente, en el caso de que el Estado miembro no haya subsanado en un período razonable la infracción declarada en el ínterin, el particular lesionado podrá interponer una demanda de indemnización.

83. Una vez dicho esto, no puede evidentemente excluirse que la interpretación de las normas comunitarias de que se trate, efectuada por las autoridades nacionales en el desempeño (o en la omisión) de su tarea legislativa, en la medida en que constituya un comportamiento *quasi arbitrario*, puede ser *manifiestamente errónea*, con la consecuencia de que habrá de admitirse la responsabilidad, también en esos supuestos, del Estado miembro infractor.

A continuación y por lo que se refiere a los supuestos de adaptación del Derecho nacional a una Directiva, efectuada dentro de plazo pero no de forma correcta, señalaré que sólo se generará la responsabilidad del Estado cuando esta adaptación por parte del Estado miembro sea manifiestamente errónea. [85]

83 — Sentencia de 14 de diciembre de 1982, Waterkeyn y otros (asuntos acumulados 314/81 a 316/81 y 83/82, Rec. p. 4337), apartado 16.

84 — Para la afirmación de tal concepto, véase la sentencia de 5 de diciembre de 1979, Amylum y Tunnel Refineries/Consejo y Comisión (asuntos acumulados 116/77 y 124/77, Rec. p. 3497), apartado 19, en la que el Tribunal de Justicia señaló que, en ese caso concreto, «no se trataba de un error de tal gravedad que pudiera afirmarse que el comportamiento de las Instituciones lindara con la arbitrariedad y, por tanto, pudiera generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad». En el mismo sentido, véase la reciente sentencia Nölle/Consejo y Comisión, citada en la nota 69.

85 — Para un análisis más preciso de este aspecto, véanse las conclusiones en el asunto British Telecommunications (C-392/93, Rec. 1996, p. I-1631), también presentadas hoy (especialmente los puntos 33 a 35).

84. En definitiva, considero que, a nuestros fines, cabe hablar de *infracción manifiesta y grave* cuando

a) se incumplan obligaciones de contenido claro y preciso en todos sus elementos;

b) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya ha aclarado suficientemente, bien mediante la interpretación con carácter prejudicial, bien mediante sentencia en un procedimiento con arreglo al artículo 169, situaciones jurídicas dudosas idénticas o, al menos análogas;

c) la interpretación de las normas comunitarias de que se trate operada por las autoridades nacionales en la actividad (o inactividad) normativa resulte manifiestamente errónea.

— La culpa: ¿elemento indispensable?

85. Queda aún por analizar si la culpa es un elemento indispensable para fundamentar la responsabilidad de los Estados miembros. A este respecto es conveniente ante todo aclarar que por culpa se entiende un elemento subjetivo, si se prefiere psíquico o psicológico, que caracteriza —en el sentido de la atribución de culpa o negligencia o incluso en el sentido que tradicionalmente se atribuye a la expresión culpa— la conducta del sujeto a quien se imputa la violación y, con ella, la responsabilidad. Desde este punto de vista la culpa es, por tanto, un elemento que *se añade* a la violación de la norma *agendi* como un elemento subjetivo, calificando la conducta que da lugar a la infracción pero que no califica directamente la infracción como tal o el acto normativo que produce el daño.

La cuestión de la culpa en sentido objetivo —y mucho más la del dolo— en la actividad normativa plantea algunas dificultades considerables a nivel conceptual puesto que el elemento de culpa como requisito de la responsabilidad del Estado siempre ha sido objeto de reflexiones profundas y de conclusiones contrapuestas. En particular no se ha dejado de poner en evidencia la dificultad de individualizar un comportamiento culposo de los poderes públicos basándose en los mismos criterios utilizados en Derecho civil, sobre todo porque los mecanismos desarrollados para aclarar el comportamiento de las personas jurídicas atribuyéndoles la misma actuación que las personas físicas, resultarían a tal fin completamente inútiles o, en cualquier caso, insuficientes. Realmente resulta problemático, incluso en abstracto, individualizar un comportamiento culposo en la acción normativa del legislador e incluso suponer la posibilidad de que sea consciente de la violación. Por el contrario, debe suponerse que el legislador persigue, siempre y en cualquier caso, intereses generales.

86. No obstante, debe reconocerse que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales siguen refiriéndose a la culpa como fundamento de la responsabilidad, [86] aunque, en el fondo, se equipare a la ilegalidad de la actuación. Me refiero, en concreto, al sistema francés, en el que rige el principio conforme al cual «toute illégalité constitue par elle-même une faute», [87] así como a la postura de la Corte di cassazione italiana, conforme a la cual, «por lo que concierne a los actos ilegítimos, la culpa, en sí, se reconoce en la violación de las normas efectuada mediante la adopción del acto y su ejecución». [88]

En otras palabras, la culpa, al menos presunta siempre que se adopta un acto normativo ilegítimo, que bien teniendo en cuenta el carácter indudablemente voluntario de los actos de las instancias públicas o teniendo en cuenta la violación de los principios de legalidad, a cuya observancia están obligados, ha terminado por perder cualquier connotación subjetiva. [89]

87. Dicho en otros términos, la cuestión de la culpa se ha trasladado desde el ser humano a la «organización», con la consecuencia de que, incluso cuando no se la hace coincidir simplemente con la ilegalidad del acto, sigue guardando relación con el contenido de la norma infringida, en el sentido de que atribuye importancia a las normas de comportamiento a cuya observancia está obligada la administración en el cumplimiento de sus tareas institucionales. En particular, reviste importancia el hecho de que la acción de la administración está constreñida por los límites de legalidad que se le imponen.

Por consiguiente, si la responsabilidad sigue estando vinculada, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, a la culpa, también es cierto que, salvo algunas excepciones [90] la presencia de culpa se deter-

86 — Una excepción a esta norma la constituye seguramente el ordenamiento jurídico español, en el que la responsabilidad por actos normativos es objetiva (véase el apartado 3 del artículo 9 y el apartado 2 del artículo 106 de la Constitución, así como el párrafo primero del artículo 139 de la Ley de 26 de diciembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

87 — A este respecto véase, entre otros, Paillet: «La faute du service public en droit administratif français», 1980, p. 176.

88 — Cassazione civile, Sezioni Unite, sentencia nº 5361, de 22 de octubre de 1984 (in Giustizia civile, 1985, p. 1419) en la que también se afirma que «sin embargo, no se comprende [...] cómo la aplicación voluntaria de un acto administrativo ilegítimo por violación de ley y que haya incidido sobre un derecho subjetivo no pueda encarnar, por sí mismo, los elementos de la culpa, también en supuestos leves, especialmente cuando se refieran directamente a un ente público, organizado y cualificado para actuar conforme a la ley». También merece ser recordada la sentencia nº 5883, de 24 de mayo de 1991 (en Resp. civ. prev., 1992, pp. 247 y ss.), en la que la Corte di cassazione declaró que la prueba de la culpa de la Administración pública puede consistir «bien en la violación de las reglas comunes de prudencia, dando lugar a actividades procesales negligentes o imprudentes, bien en la violación de leyes y reglamentos a cuya observancia está obligada la misma Administración pública, debiendo observar los principios de legalidad, de imparcialidad y de buena administración previstos en el artículo 97 de la Constitución».

89 — Así sucede también en los ordenamientos jurídicos de Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Portugal y Dinamarca.

90 — En el sistema inglés, la responsabilidad de la administración por su actividad normativa sigue estando (estrechamente) vinculada a la culpa como componente subjetivo del comportamiento. Por tanto, un error de interpretación de un Ministro relativo al alcance de las facultades que se le han otorgado no basta para ser considerado culpable (véase, por ejemplo, Rowling/Takaro Properties Ltd, 1988, 2 WLR, pp. 433 y ss.): asimismo, se excluye la culpa y, con ella, la responsabilidad, cuando las autoridades de que se trata hayan solicitado un dictamen jurídico sobre la materia en la que debía intervenir (véase, en este sentido, Dunlop/Woollahra Municipal Council, 1988, 2 WLR, p. 418). Además, habida cuenta de que las pérdidas meramente económicas (*pure economic loss*) no son susceptibles de indemnización en el caso de *tort of negligence*, la adopción ilegal de medidas caracterizadas por el dolo es prácticamente la única que pueden generar la responsabilidad, en concreto, la *misfeasance in public office*.

mina con ayuda de criterios objetivos. [91] En suma, en los Estados miembros se afirma la responsabilidad por culpa únicamente basándose en una serie de artificios; en cualquier caso, dicha responsabilidad cada vez se objetiviza en mayor medida, esto es, cada vez se vincula menos, o incluso se desvincula completamente, de un componente subjetivo.

88. Considero que esta solución, que prevalece en los ordenamientos jurídicos nacionales y ha sido adoptada por el propio Tribunal de Justicia en relación con la responsabilidad extracontractual de las Instituciones comunitarias, [92] da lugar a la configuración de la responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario como una responsabilidad objetiva, que no requiere culpa.

Por otra parte opino, al menos en una primera aproximación, que, aunque se quisiera supeditar esta responsabilidad a la presencia de culpa, la responsabilidad debería ponerse en relación, al menos por lo que aquí interesa, a la norma que se presume violada o identificarla directamente con su contenido.

89. En mi opinión resulta evidente que si la norma *agendi* es una norma de resultado, no existe posibilidad alguna de supeditar el nacimiento de una situación de responsabilidad a la subsistencia de un elemento subjetivo de la conducta del Estado calificable de culpa en el sentido anteriormente precisado. La violación, esto es, el ilícito, se produce en el momento en que el Estado no ha conseguido alcanzar el resultado querido por la norma. Objetiva, sin culpa o como se quiera llamarla, la responsabilidad del Estado existirá.

Y viceversa, si la norma *agendi* es una norma de comportamiento, en el sentido de que prescribe sustancialmente una obligación de diligencia (un *duty of care,* para entendernos), la culpa será un elemento esencial del presente asunto. Sin embargo, en ese supuesto la culpa no será un elemento subjetivo que caracteriza la conducta del Estado que determina la violación y, por tanto, el daño injusto, sino precisamente el objeto de la violación. De hecho, el incumplimiento de la obligación de diligencia consiste precisamente en una conducta negligente, esto es, en una conducta culposa, con la consecuencia de que la culpa es el objeto del ilícito, y deja de ser un componente subjetivo de la conducta.

90. En definitiva, para configurar una situación de responsabilidad del Estado miembro que haya incumplido obligaciones comunitarias que le incumben, considero que carece de relevancia comprobar la presencia de culpa como componente subjetivo del comportamiento ilegítimo.

91 — Esta tendencia también se descubre en los Países Bajos y en Alemania, Estados en los que se considera culpable un comportamiento que no se corresponde con el deber de diligencia normal. A este respecto, la propia doctrina alemana habla actualmente de «Objektivierung des Verschuldens» (en este sentido, véase, Ossenbühl: «Staatshaftungsrecht», 4.ª ed. München, 1991, p. 61).

92 — Tras algunas dudas iniciales, también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se menciona la culpa únicamente como sinónimo de comportamiento ilegítimo.

Por tanto, reitero el convencimiento anteriormente manifestado, de que el comportamiento del Estado que infringe el Derecho comunitario debe ser valorado, a los fines de la obligación de indemnización, en función de elementos objetivos.

En mi opinión, procede excluir sin más, por lo que interesa al presente asunto, la importancia de los requisitos indicados, que, sin embargo, son aplicados a menudo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad extracontractual. [93]

b) *La existencia del daño*

91. El daño debe ser efectivo, esto es, cierto y actual. Por otra parte, son estos los requisitos también exigidos generalmente por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y cuyo cumplimiento incumbirá determinar al órgano jurisdiccional nacional en cada caso.

93. Aunque sea cierto que en algunos Derechos nacionales se encuentran supuestos en los que el derecho a indemnización también depende de la gravedad del daño, de su carácter anormalmente grave, así como de la especialidad del mismo respecto a los sujetos lesionados, también es cierto que este criterio se refiere, hay que precisarlo, a indemnizaciones por perjuicios derivados de actos legítimos. [94] Por tanto, los términos de ese problema no son, no podrían ser, los mismos que los que interesan al presente asunto.

92. No obstante, considero oportuno detenerme, aunque sólo sea brevemente, en tales requisitos inherentes a la naturaleza del daño, que, sin embargo, sólo han sido invocados o, al menos, evocados en el presente procedimiento, particularmente por el Gobierno francés, como criterios para limitar el alcance de la responsabilidad de los Estados miembros a consecuencia de violaciones del Derecho comunitario. Me refiero, en particular, a la gravedad del daño, en el sentido de que debe tratarse de un daño considerable, así como a la especialidad del mismo, en el sentido de que debe afectar a un exiguo número de personas.

Efectivamente, sería excesivo exigir a los particulares lesionados por actos ilegítimos que el daño sufrido por ellos presente carácter anormal y especial, con la consecuencia de dejar a su cargo no sólo las consecuencias de modesto alcance, pero también aquellas comunes a un amplio grupo de sujetos. En

93 — Véanse, en particular, las sentencias HNL/Consejo y Comisión, citada en la nota 66, apartado 7; de 4 de octubre de 1979, Dumortier Frères y otros/Consejo (asuntos acumulados 64/76 y 113/76, 167/78 y 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, Rec. p. 3091), apartado 11, así como de 6 de diciembre de 1984, Biovilac/CEE (59/83, Rec. p. 4057), apartados 27 a 30.

94 — Véase, por ejemplo, Conseil d'Etat français, sentencia de 14 de enero de 1938, Société des produits laitiers «La Fleurette», *Recueil Lebon*, 1938, pp. 25 y ss. En esta misma lógica también se encuadra la teoría alemana del «*Sonderopfer*», formulada en materia de expropiaciones y, por tanto, referida siempre a los daños patrimoniales derivados de actos legítimos, adoptados en interés general.

definitiva, opino que la idea de una franquicia para daños menores sería una mala idea en nuestro caso.

94. A este respecto, señalaré, en primer lugar, que, en sentido contrario a la aceptación del criterio de la gravedad del daño patrimonial se encuentra el hecho de que una actuación ilegítima que implique una violación manifiesta y grave, incompatible con una norma jurídica y con los derechos subjetivos que ésta garantiza, debe dar lugar a indemnización para restablecer el equilibrio alterado por el ilícito y ello independientemente de la entidad del perjuicio. Por otra parte, si de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros emerge una tendencia común hacia la responsabilidad por actos ilícitos de la Administración pública, la misma se orienta en el sentido de no hacer depender en absoluto el resarcimiento de la entidad del daño.

A ello se añade que la responsabilidad del Estado no parece poder limitarse a los supuestos en los que existan sujetos, o grupos de sujetos, específicamente determinados y, por el contrario, estar excluida allí donde el acto normativo afecte a un amplio número de sujetos. Efectivamente, aunque pueda afirmarse acertadamente que razones de interés público aconsejan excluir la posibilidad de indemnizar daños que afecten a grupos amplios de sujetos, también con objeto de evitar pesadas cargas económicas, no es menos cierto que tal construcción se basa exclusivamente en meras razones de oportunidad. Realmente deberíamos preguntarnos, habida cuenta de que la responsabilidad se supedita a la violación grave y manifiesta de una norma superior de la que se deducen derechos subjetivos, por qué razón debería regirse el titular del derecho a indemnización por el número de los demás titulares del mismo derecho violado. [95]

95. En resumen, no considero que pueda hacerse abstracción de la circunstancia de que la responsabilidad por actos ilegítimos y la indemnización por actos legítimos son dos figuras profundamente diversas. Y tampoco carece de relevancia que el requisito de la gravedad y de la especialidad del perjuicio haya sido exigida, en la jurisprudencia francesa, únicamente para la indemnización de daños derivados de actos normativos legítimos.

El propio Conseil d'Etat, cuando configuró, en la sentencia Alivar, la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario como una *responsabilité sans faute*, habida cuenta de que las medidas nacionales estaban justificadas por motivos de interés general, consideró que el daño presentaba los

95 — En este sentido véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti en el citado asunto HNL/Consejo y Comisión (Rec. 1978, pp. 1209 y ss., especialmente pp. 1234 y ss.).

caracteres de anormalidad y especialidad; [96] en cualquier caso, respecto a la *responsabilité sans faute* modificada, se ha hablado de la falta de necesidad de que el perjuicio revista carácter anormal y especial. [97]

96. Para terminar, considero absolutamente evidente que requisitos relativos a la naturaleza del daño, que pueden conducir directamente a la negación del propio derecho al resarcimiento, no tienen ni fundamento ni razón de ser cuando el daño sufrido se deba no ya a una actividad legítima, sino a una actividad ilegítima. [98] Naturalmente, esta conclusión también debe aplicarse a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Comunidad. [99]

c) *El nexo causal*

97. El tercer requisito de la responsabilidad expresamente mencionado en la sentencia Francovich y otros se refiere al nexo causal, presupuesto obligatorio de la responsabilidad aquiliana, conforme al cual el daño sufrido debe ser consecuencia directa del acto dañoso imputable a su autor, esto es, por lo que aquí interesa, del acto normativo ilegítimo.

Es evidente que corresponderá el órgano jurisdiccional nacional comprobar la presencia de tal requisito. Sin embargo, por lo que aquí interesa, considero oportuno efectuar algunas observaciones relativas a la interrupción del nexo causal, y ello desde dos puntos de vista. Efectivamente, por una parte no me parece superfluo precisar si el Derecho comunitario permite afirmar que el nexo causal puede ser interrumpido por eventuales causas concatenantes o por el comportamiento negligente de la víctima del daño; por otra parte, tal problema plantea, aunque sólo sea en otros términos, la cuestión de la subsidiariedad de la demanda de indemnización respecto a otras vías judiciales nacionales.

96 — Sentencia de 23 de marzo de 1984, Alivar, en *AJDA*, 1984, p. 396, con anotación de Genevois. Dicho asunto se refería a una demanda de indemnización por denegación de un permiso de exportación de patatas basada en un acto administrativo general que fue considerado por el Tribunal de Justicia incompatible con la prohibición de restricciones cuantitativas a la exportación contemplada en el artículo 34 del Tratado. El Conseil d'Etat afirmó que, en ese asunto, únicamente cabía hablar de responsabilidad *sans faute*, confirmando la sentencia en primera instancia que había estimado la demanda de indemnización y que ni siquiera había examinado el carácter anormal y especial del daño sino configurado una responsabilidad por acto ilegítimo (*pour faute*). Véase asimismo las conclusiones del commissaire du gouvernement Sr. Laroque, en la sentencia del Conseil d'Etat de 28 de febrero de 1992, Arizona Tobacco Products, citada en la nota 48, en la que, precisamente, se consideraba que las infracciones a normas comunitarias e internacionales dan lugar a un tercer régimen de responsabilidad que, a diferencia de la *responsabilité sans faute*, no requiere que el daño sea excepcional para poder generar un derecho a indemnización.

97 — A este respecto, véase Simon: «Le Conseil d'Etat et les directives communautires: du gallicanisme à l'orthodoxie?», en *Revue trimestrelle de droit européen*, 1992, pp. 265 y ss.

98 — Esta conclusión resulta confirmada además por la ya mencionada Recomendación de 18 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa, cuyo nº 1 del Principio II contempla expresamente el supuesto de resarcimientos de daños derivados de actos legítimos, precisando que «une réparation doit être assurée au cas où il serait manifestement injuste que la personne lésée supporte seule le dommage, compte tenu des circunstances suivantes: l'acte a été pris dans l'intrêt général, seule une personne ou un nombre limité de personnes subit le dommages et l'acte est exceptionnel ou le dommage est le résultat exceptionnel de l'acte». En sentido opuesto, véanse las ya citadas conclusiones del 20 de junio de 1995 del Abogado General Sr. Léger, relativas a la sentencia Lomas (C-5/94), aún pendiente.

99 — Efectivamente, de la sentencia Mulder y otros/Consejo y Comisión, citada en la nota 77, parece deducirse que el Tribunal de Justicia ya había modificado, aunque sólo fuera implícitamente, su jurisprudencia al respecto.

— El comportamiento de la víctima del daño

98. A este respecto debe recordarse, ante todo, que el propio Tribunal de Justicia ha reconocido que constituye «un principio general común a los sistema jurídicos de los Estados miembros, según el cual la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del prejuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola». [100]

Por consiguiente, incumbe a la persona dañada la obligación de mantener un comportamiento diligente, obligación consistente en adoptar las medidas que permitan evitar el daño o, al menos, reducir su entidad. [101]

99. Además, en este sentido se formula también la ya citada Recomendación de 18 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa, en cuyo principio III se establece que «*Si par sa faute ou par la non utilisation des moyes légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée.*»

100 — Sentencia de Mulder y otros/Consejo y Comisión, citada en la nota 77, apartado 33.

101 — Para la aplicación de este principio en la jurisprudencia relativa al artículo 215, véanse, entre otras, las sentencias de 14 de julio de 1967, Kampffmeyer y otros/Comisión (asuntos acumulados 5/66, 7/66 y 13/66 a 24/66, Rec. pp. 317 y ss., especialmente pp. 341 y ss.), y de 4 de octubre de 1979, Iresk-Arkady/Consejo y Comisión (238/78, Rec. p. 2955), apartado 14.

De la formulación de tal principio se deduce que la interrupción del nexo causal puede deberse a un comportamiento culposo del sujeto lesionado y que tal comportamiento, a su vez, puede consistir también en no haber incoado las vías legales a su disposición.

— Demanda de indemnización y vías administrativas: ¿independencia o subsidiariedad?

100. Si la persona dañada puede evitar el daño utilizando remedios jurisdiccionales nacionales (por ejemplo, impugnado el acto perjudicial incompatible con el Derecho comunitario o invocando, frente a la Administración pública, un derecho reconocido por una norma de efecto directo contenida en una Directiva), cabe preguntarse si la no utilización de tales remedios interrumpe el necesario nexo causal entre violación y daño sufrido.

En otros términos, se suscita la cuestión de si la no interposición dentro de plazo de las acciones de impugnación excluye invocar la responsabilidad del Estado infractor. En este sentido, además que como requisito de responsabilidad, la incoación previa de las acciones materiales bien podría —también correctamente— configurarse como requisito de admisibilidad de la acción resarcitoria.

101. Este problema se resuelve de distinta forma en cada uno de los Estados miembros, pudiendo encontrar tres distintas posiciones al respecto. La primera consiste en reconocer una autonomía absoluta entre las diversas acciones posible y, por tanto, dejando al interesado la facultad de elegir la que considere más oportuna para la tutela de sus intereses. [102] La segunda, por el contrario, supedita la acción de responsabilidad a la acción de anulación. [103] La tercera, por último, guarda una mayor relación con el nexo causal en la medida en que se permite a la administración no responder de los daños que el interesado habría podido evitar utilizando remedios sustanciales, en particular, la acción de nulidad. [104]

Es sabido que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad extracontractual, tras algunos pronunciamientos iniciales en el sentido de la subsidiariedad de la acción resarcitoria, [105] con posterioridad se orientó firmemente en el sentido de la autonomía de tal acción, cuya admisibilidad se afirmó independientemente de la posibilidad del demandante de invocar otros instrumentos de tutela jurisdiccional. En particular, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «la acción de indemnización del artículo 178 y el párrafo segundo del artículo 215 del Tratado se estableció como un recurso autónomo, que tiene su función particular en el marco del sistema de los recursos y está supeditado a condiciones de ejercicio concebidas para su objeto específico». [106]

102. Estas consideraciones ponen en evidencia, en particular, cómo la naturaleza autónoma de la acción resarcitoria responde a exigencias de garantía, vinculadas a los diversos requisitos de legitimación de la acción de nulidad respecto a la resarcitoria. Efectivamente, en el sistema de tutela jurídica diseñado por los Tratados, el particular no puede impugnar actos de naturaleza general y difícilmente puede solicitar que se declare la omisión de las Instituciones comunitarias. Por consiguiente, la reconocida autonomía de la acción de indemnización permite obtener mediante el resarcimiento lo que no puede alcanzarse o no ha sido posible alcanzar con la acción de nulidad.

Que ésta es la *ratio* del reconocimiento de la autonomía de la acción resarcitoria viene confirmado por el hecho de que no existe la posibilidad de interponer esta acción en

102 — Esta es la solución que adopta, por ejemplo, el Derecho francés.

103 — Este tipo de solución es la vigente, por ejemplo, en Derecho italiano y en Derecho inglés.

104 — Tal solución intermedia es la adoptada por el ordenamiento jurídico alemán, con arreglo al párrafo tercero del artículo 839 del Código Civil.

105 — Me refiero a la sentencia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, Rec. p. 199).

106 — Sentencia de 17 de diciembre de 1981, Ludwigshafener Walzmühle/Consejo y Comisión (asuntos acumulados 197/80 a 200/80, 243/80, 245/80 y 247/80, Rec. p. 3211), apartado 4. En la misma sentencia el Tribunal de Justicia también precisó que tal recurso (el de responsabilidad) «se diferencia del recurso de anulación por dirigirse no a la supresión de una medida determinada, sino a la reparación del perjuicio causado por las Instituciones en el ejercicio de sus funciones; las condiciones del recurso de responsabilidad se definen en razón de dicho objetivo y, en consecuencia, son distintas de las del recurso de anulación».

casos limitados, en los que los particulares privadas pueden hacer uso de remedios administrativos, [107] en particular, en el ámbito de los recursos de funcionarios de la Comunidad. [108]

En definitiva, la autonomía de la acción de responsabilidad extracontractual beneficia a los particulares, que no disponen normalmente de los remedios materiales judiciales, pero no a las personas que pueden utilizar efectivamente tales remedios.

103. Esencialmente el criterio inspirador de la jurisprudencia relativa al régimen de la acción de responsabilidad extracontractual ha sido siempre el mismo, independientemente de las fórmulas adoptadas en cada ocasión respecto a los medios internos de recurso (resolución de remisión prejudicial relativa a la validez del acto nacional de ejecución) o de los recursos directos (recurso de nulidad o por omisión). Su finalidad ha consistido en evitar que la acción de responsabilidad se utilice para conseguir el mismo resultado que habría podido alcanzarse —con éxito, claro está— a través de otra acción. Por tanto, la demanda de indemnización no puede ser un medio para neutralizar los efectos de un acto dañoso cuando tal objetivo también puede alcanzarse mediante una acción ordinaria de nulidad, bien directa, bien nacional mediante remisión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia. Y ello debe entenderse con la única reserva de que el remedio jurisdiccional, especialmente el nacional, sea idóneo en cualquier caso para garantizar la tutela efectiva.

104. Ello implica, por lo que aquí interesa, que, en la medida en que los citados requisitos también se exigen en caso de reclamaciones análogas de naturaleza interna, no se puede exigir razonablemente a los Estados miembros que supediten la acción de responsabilidad a una acción de nulidad previa.

Por lo demás, la hipótesis de la subsidiariedad de la acción de indemnización en los supuestos de daños derivados de violaciones del Derecho comunitario parece, al menos a primera vista, haber recibido ya la anuencia expresa del Tribunal de Justicia. En la sentencia Wagner Miret se configuró la acción resarcitoria como la última vía de que dispone el particular, esto es, la última que puede utilizar cuando no pueda alcanzar de otro modo un resultado útil, ni siquiera mediante la interpretación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de las normas nacionales en la materia de conformidad con las normas comunitarias de que se trate. [109]

107 — Véase la sentencia de 26 de febrero de 1986, Krohn/Comisión (175/84, Rec. p. 753) en la que el Tribunal de Justicia acordó la inadmisibilidad del recurso en el supuesto en el que «un recurso de indemnizaciónesté destinado al pago de una suma cuya cuantía corresponde exactamente a la de los derechos que han sido pagados por el demandante como ejecución de una decisión individual y en que, de hecho, el recurso de indemnización esté destinado en realidad a la supresión de tal decisión individual» (apartado 33).

108 — Véanse, entre otras, las sentencias de 14 de febrero de 1989, Bossi/Comisión (346/87, Rec. p. 303), y de 24 de enero de 1991, Latham/Comisión (T-27/90, Rec. p. II-35).

109 — Sentencia citada en la nota 37, apartado 23.

4. *Los demás requisitos*

105. Respecto a los *demás requisitos* relativos al resarcimiento del daño es conveniente recordar, en primer lugar, que, en la sentencia Francovich y otros, tras individualizar y definir los requisitos «suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización», el Tribunal de Justicia precisó que «con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad» (apartado 42).

El inciso, «con esta reserva» pretende significar, evidentemente, que, respecto al régimen del resarcimiento de los daños basado en el propio Derecho comunitario y que surge cuando se cumplen los requisitos determinantes de tal derecho, las normas de Derecho nacional vigentes en esa materia son *aplicables* únicamente en la medida necesaria para regular los *demás requisitos* relativos a la indemnización. Por tanto, el Derecho nacional únicamente debe regular las modalidades de la ejecución del derecho a indemnización del particular, especialmente los requisitos procedimentales. [110]

106. Por lo que se refiere a estos requisitos, el Tribunal de Justicia también declaró en la sentencia Francovich y otros que «a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario» (apartado 42).

Mirándolo bien, se trata de una fórmula que no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que normalmente se emplea en relación con la autonomía de los Estados miembros en materia procesal, autonomía que, sin embargo, no es ilimitada, ni siquiera en ese ámbito.

107. A este respecto, en la propia sentencia Francovich y otros, el Tribunal de Justicia confirmó el principio ya expresado, en términos generales, en varias ocasiones [111] de que «las condiciones, de fondo y forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articulase de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización» (apartado 43).

110 — Así, por ejemplo, en Italia se adoptó, mediante decreto legislativo nº 80, de 27 de enero de 1992, (GURI de 13 de febrero de 1992, p. 246), una normativa *ad hoc* para aplicar la sentencia Francovich y otros, normativa con la que se procedió precisamente a regular las modalidades y los límites del resarcimiento del daño ocasionado por la no adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre insolvencia del empresario. Esta normativa establece, en particular, que la acción dirigida a obtener el resarcimiento se incoará contra el INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), que la competencia corresponde al pretore en funciones de Juez en materia laboral y que el plazo de interposición de la demanda es de un año.

111 — Véanse, especialmente, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), y como más reciente, de 6 de diciembre de 1994, Johnson (C-410/92, Rec. p. I-5483), apartado 21.

Por consiguiente, también respecto a la indemnización de los daños el Derecho comunitario limita la libertad dejada a los Estados miembros de regular los *demás requisitos* desde el punto de vista procesal y material, y ello, una vez más, con objeto de garantizar a los particulares una tutela efectiva y eficaz. [112]

108. Más concretamente, el límite del *tratamiento nacional*, en el sentido de que la tutela jurisdiccional debe ser, al menos, igual a la otorgada para posiciones jurídicas análogas creadas por normas internas, puede mostrarse, a veces, absolutamente carente de utilidad. Baste pensar en los puestos del presente asunto, en los que el Derecho nacional no contiene *ningún* régimen en la materia por ser un remedio inexistente en los correspondientes ordenamientos jurídicos nacionales. Por el contrario, indudablemente más relevante y determinante, habida cuenta de su potencial, es el límite consistente en el hecho de que los ordenamientos jurídicos nacionales no puedan articularse de manera que hagan *prácticamente imposible* ejercitar los derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a tutelar en virtud del Derecho comunitario.

Efectivamente, de este principio se derivan, al menos, dos consecuencias: la primera consiste en que la tutela jurisdiccional, cuando se trate de derechos invocados por el particular basándose en el Derecho comunitario, debe alcanzar, cuanto menos, un nivel adecuado; la segunda, es que corresponde al Tribunal de Justicia comprobar que se ha alcanzado tal nivel. [113] No obstante, aunque sea cierto que corresponde a los Estados miembros garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario también desde el punto de vista de la tutela resarcitoria, el Tribunal de Justicia se reserva asimismo la competencia de apreciar el nivel de adecuación de la tutela proporcionada por los ordenamientos jurídicos nacionales.

109. Por último recordaré, también a propósito de los demás requisitos relativos al régimen de la indemnización, que, en el curso del presente procedimiento, se han tratado cuestiones relativas, en particular, a los tipos de perjuicios indemnizables y a la cuantificación del daño. A este respecto y habida

112 — A este respecto, véanse, por ejemplo, entre otros Barav: «Sanction de la non-transposition de la directive CEE relative à l'insolvabilité de l'employeur» en *La Semaine Juridique*, 1992, nº[s] 1 y 2, p. 12; asimismo, Kovar: «Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de normes et décisions du droit communautaire'», en *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruselas, 1978, pp. 245 y ss.

113 — Así se deduce, por ejemplo, de la sentencia San Giorgio, en la que el Tribunal de Justicia precisó que «serían incompatibles con el Derecho comunitario los requisitos de prueba cuyo efecto sea hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la devolución de los impuestos recaudados en infracción del Derecho comunitario» (sentencia de 9 de noviembre de 1983, 199/82, Rec. p. 3595, apartado 14). Tampoco se ha dejado de vincular a la adecuación de la tutela jurisdiccional la motivación de los actos administrativos, en el sentido de que también debe reconocerse a los particulares la facultad de decidir si incoan o no los procedimientos judiciales de tutela; de aquí la necesidad de que la opción se vea acompañada del conocimiento de todos los elementos que deban tenerse en cuenta (sentencia de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, Rec. p. 4097, apartado 15). Piénsese también en la sentencia Dekker, en la que el Tribunal de Justicia precisó que, cuando la sanción elegida por el Estado miembro está comprendida en un régimen de responsabilidad civil del empresario, la violación de la prohibición de discriminación debe bastar para generar, por sí sola, la entera responsabilidad de su autor, «sin que quepa apreciar las causas de exención previstas por el Derecho nacional» (sentencia de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, Rec. p. 3941, apartado 25). Recordaré, a continuación, la sentencia Emmott, en la que se declaró que los plazos para recurrir, previstos en el sistema nacional, no transcurren en tanto dicho Estado miembro no haya adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a los preceptos de la Directiva (sentencia de 25 de julio de 1991, C-208/90, Rec. p. I-4269, apartado 24). Sin embargo, por lo que aquí interesa, la jurisprudencia Emmot resulta atenuada por la sentencia Johnson, citada en la nota 111.

cuenta de que tales cuestiones deben dejarse, en principio, al Derecho de los Estados miembros, me limitaré a algunas breves observaciones.

En primer lugar, es más que evidente que la indemnización de los daños no debe ser meramente simbólica, sino que debe corresponder al daño sufrido. Esta es una exigencia basada en la propia razón de ser de la acción de responsabilidad, que consiste precisamente en garantizar el restablecimiento de la situación patrimonial de la víctima del daño. Además en este sentido milita tanto la jurisprudencia nacional en la materia como la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 215 [114] y la jurisprudencia relativa a relaciones internacionales. [115]

110. Indicaciones útiles al respecto también aparecen en algunas sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha comprobado el nivel de adecuación de la tutela proporcionada por los ordenamiento jurídicos nacionales a los derechos deducidos por los particulares del Derecho comunitario. Así, por ejemplo, a propósito de la libertad dejada a los Estados miembros para determinar las sanciones con que reprimir las violaciones de la prohibición de discriminación por razón del sexo, el propio Tribunal de Justicia no ha dejado de insistir en que dichas sanciones deben estar configuradas de tal forma «que garanticen la tutela jurisdiccional efectiva y eficaz [...] De ello se deduce que, cuando el Estado miembro decida reprimir las transgresiones de la prohibición de discriminación mediante una indemnización, ésta debe ser, en todo caso, adecuada al daño sufrido». [116]

Además, en la sentencia Marshall II, el Tribunal de Justicia ha precisado que, cuando un Estado miembro opte por sancionar las discriminaciones a través del resarcimiento, «tal resarcimiento debe ser íntegro y, por tanto, no puede limitarse *a priori* cuantitativamente». [117]

111. A continuación, no es necesario añadir que la identificación de las clases de perjuicios indemnizables no es, ciertamente, tal que plantee grandes dificultades, ni siquiera desde el punto de vista de la uniformidad de la indemnización que se adeuda en los distintos Estados miembros por el mismo daño. Efectivamente, a pesar de las diferencias terminológicas, todos los ordenamientos jurídicos nacionales reconocen el carácter resarcible del daño patrimonial sufrido por la víctima, el cual cubre ciertamente tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como los correspondientes intereses. Más en concreto, por lo que se refiere específicamente a la cuantificación del daño, es evidente, habida cuenta, además, de que depende de la diversa situación económica y social de cada Estado miembro en especial,

114 — En este sentido, véase la sentencia Mulder y otros/Consejo y Comisión, citada en la nota 77 en la que el Tribunal de Justicia declaró expresamente que «la cuantía de las indemnizaciones que ha de abonar la Comunidad debe corresponder a los daños por ella causados», apartado 34.

115 — A este respecto puede recordarse la afirmación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en la sentencia de 13 de septiembre de 1928, también relativa al citado asunto de la fábrica de Chorzów, conforme a la cual «en la medida de lo posible, la indemnización debe cancelar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación de hecho que probablemente hubiera existido si no se hubiera cometido tal acto» (TPJI, serie A, nº 17, p. 47).

116 — Sentencia Von Colson, citada en la nota 36, apartado 23.

117 — Sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall II (C-271/91, Rec. p. I-4367), apartado 34.

que corresponderá determinarlos a cada uno de ellos según los criterios fijados al respecto por el propio Derecho nacional.

En definitiva, lo importante para el Derecho comunitario es que el resarcimiento sea real y efectivo, esto es, que se restablezca, al menos en su contenido patrimonial, la situación que existiría de no haberse cometido la infracción.

momento en que se verifique el acto dañoso. En otros supuestos, esto es, cuando se trate de situaciones jurídicas dudosas, el Estado «infractor» únicamente podrá estar obligado a resarcir los daños tras la intervención clarificadora del órgano jurisdiccional nacional y/o comunitario, bien entendido en la medida en que dicho Estado no haya eliminado en un tiempo razonable la violación y sólo respecto a los daños producidos tras dicha intervención.

5. *Momento en el que surge la obligación de resarcimiento*

112. Como ya he señalado, la obligación resarcitoria a cargo de los Estados miembros no puede supeditarse a la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el incumplimiento de que se trate. Por consiguiente, tal sentencia, aunque exista en los presentes asuntos, no presenta ninguna relevancia decisiva a los fines de la determinación del momento a partir del cual el Estado está obligado a resarcir los daños provocados por una infracción que le sea imputable.

Además, los requisitos sugeridos respecto a las características de una violación «manifiesta y grave» hacen evidente que, cuando la norma infringida atribuya a los particulares derechos determinables y precisos, la obligación de indemnizar a cargo del Estado miembro infractor sólo puede surgir en el

113. Por último, las mismas soluciones propuestas llevan a la conclusión de que no existe razón alguna para limitar el derecho al resarcimiento a las partes perjudicadas que ya hayan incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Considero que las razones imperativas de seguridad jurídica que ha invocado el Gobierno alemán ya están suficientemente tuteladas por el hecho de que el derecho al resarcimiento puede supeditarse al requisito, previsto para reclamaciones análogas de naturaleza interna, de que la víctima del daño haya hecho uso de todos los medios de que disponga para evitar el daño o, al menos, reducir su entidad. De no ser así, el plazo dentro del cual pueden invocar los particulares el derecho a indemnización del daño sufrido únicamente podrá determinarse con arreglo a los plazos de prescripción y de caducidad previstos por el ordenamiento

jurídico nacional para la acción de responsabilidad basada en el Derecho interno.

— Para que se genere un derecho a resarcimiento basta que la norma que se considera infringida sea precisa en todos sus elementos y unívoca, lo cual sucede, por ejemplo, cuando un Estado incumple una obligación precisa de resultado o cuando no tenga en cuenta una jurisprudencia consolidada en la materia.

III. Respuestas a las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales *a quo*

— Los criterios relativos a la cuantificación del daño siguen estando regulados por el Derecho nacional a condición de que no sean menos favorables que los relativos a reclamaciones análogas de naturaleza interna y no estén configurados de tal forma que hagan excesivamente difícil o prácticamente imposible obtener el resarcimiento íntegro de los daños derivados de la violación de que se trate.

114. Antes de hacer observaciones más específicas sobre los asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia, considero conveniente recordar las conclusiones a las que hemos llegado hasta ahora:

— La obligación resarcitoria surge desde el momento en que se produce el acontecimiento lesivo en el caso de violación manifiesta y grave en el sentido anteriormente precisado; en otro caso, no surge sino tras una declaración del órgano jurisdiccional nacional y/o comunitario, bien mediante una sentencia prejudicial o mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 169.

— Con objeto de garantizar una tutela efectiva y eficaz de los derechos invocados por los particulares en virtud del Derecho comunitario, este último exige que se garantice la indemnización de los daños sufridos por dicho particular a causa de violaciones de normas comunitarias imputables del Estado.

a) *Asunto C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

— Es absolutamente irrelevante el hecho de que la violación de que se trate sea imputable el legislador, con la consecuencia de que, en tales supuestos, no se aplican los requisitos restrictivos impuestos por el ordenamiento jurídico nacional para los casos de actividad o inactividad normativa ilegal del legislador.

115. En este asunto se trata de una infracción de una norma del Tratado provista de

efecto directo, concretamente el artículo 30, imputable al legislador en la medida en que éste omitió modificar la BStG para hacerla conforme con la citada norma. La parte demandante, recuerdo, solicita la indemnización de los daños sufridos por ella en el período comprendido entre 1981 y 1987, esto es, desde el momento a partir del cual dejó de poder exportar a Alemania la cerveza que fabricaba por razón, según alega, de la no conformidad de dicha cerveza con los requisitos exigidos por la BStG, hasta la fecha de la sentencia en la que el Tribunal de Justicia declaró, en un procedimiento con arreglo al artículo 169, la incompatibilidad de tal ley con el artículo 30 del Tratado.

Habida cuenta de las observaciones realizadas hasta este momento es evidente que, con objeto de resolver el asunto pendiente ante él, el órgano jurisdiccional nacional debe dilucidar si la obligación impuesta a los Estados por el artículo 30, cuyo contenido, como ya se ha dicho, no puede ser considerado preciso y determinable en todos sus elementos, había sido aclarado, ya en el momento de verificarse el daño y respecto a unos hechos como los pendientes ante él, por la jurisprudencia en la materia. En otros términos, se trata de comprobar si a fines de 1981 ya estaba claro que una ley como la BStG implicaba un obstáculo injustificado a la actividad de los operadores económicos del sector y, por tanto, incompatible con el Derecho comunitario.

116. A tal fin recordaré, en primer lugar, que, a partir de la conocida sentencia Cassis de Dijon, [118] esto es, a partir de febrero de 1979 está claro que el artículo 30 prohíbe no sólo las medidas discriminatorias, sino también las medidas indistintamente aplicables que no puedan justificarse por razones imperativas. A ello se añade que, mediante la sentencia de 9 de diciembre de 1981, [119] que se deliberó más o menos en las mismas fechas en que el demandante en el procedimiento principal se vio obligado a paralizar sus exportaciones de cerveza a Alemania, el Tribunal de Justicia consideró que la normativa nacional que restringe la designación de «vinagre» al vinagre de vino era incompatible con el Derecho comunitario. Ciertamente no existe motivo para pensar que deba aplicarse un criterio diverso a la BStG en la medida en que reservaba la denominación de «cerveza» a la producida según los ingredientes prescritos imperativamente por la misma ley.

Sin embargo, también se deduce de la resolución de remisión que la cerveza fabricada por la demandante contenía aditivos, mientras que la normativa alemana controvertida imponía una prohibición absoluta de comercializar en territorio alemán cerveza que contuviera aditivos. Pues bien, aunque en la sentencia de 12 de marzo de 1987 el Tribunal de Justicia condenara a la legislación de que se trata también desde este punto de vista, por considerarla no justificada por exigencias de protección de la salud de las personas, tal conclusión no podía ser considerada segura,

118 — Sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe Zentral, «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649).

119 — Comisión/Italia (193/80, Rec. p. 3019), apartados 24 a 28.

habida cuenta de la jurisprudencia dictada en la materia. [120] Si los daños alegados por la demandante guardan una relación más estrecha con este segundo punto de vista de la normativa nacional de que se trata, no puede excluirse otra solución.

117. Una última observación. Ya he señalado que un Estado miembro puede exigir, a los fines del derecho al resarcimiento y siempre que exija el cumplimiento del mismo requisito también para reclamaciones análogas de naturaleza interna, que la víctima del daño dé prueba de diligencia y, por tanto, que active los mecanismos idóneos para evitar o, al menos, para reducir el daño.

Pues bien, como se deduce de los autos, no parece que la demandante haya actuado en este sentido. Es cierto que, como ella misma puso de manifiesto en el presente procedimiento, la interrupción de las importaciones estuvo determinada por la no renovación del contrato de distribución con su importador (alemán) exclusivo, con la consecuencia de que le fue materialmente imposible impugnar alguna medida. En tales circunstancias, corresponde evidentemente al órgano jurisdiccional nacional comprobar si efectivamente la demandante carecía de cualquier posibilidad de hacer valer el artículo 30 directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

b) *Asunto C-48/93 (Factortame III)*

118. Por el contrario, en el asunto Factortame el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar si la violación declarada de los artículos 7, 52 y 221 del Tratado, imputables al legislador por haber adoptado una ley nacional incompatible con dichos artículos, puede ser configurada como una violación grave y manifiesta en el sentido anteriormente precisado.

En otras palabras, se trata de determinar si la violación de normas que atribuyen a los particulares derechos claros y precisos, como el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad, es apta para generar la responsabilidad del Estado, a pesar de la discrecionalidad de que dispone los Estados miembros al adoptar medidas relativas a la política común de pesca. A este respecto considero suficiente limitarme a algunas observaciones.

120 — Por ejemplo, en la sentencia de 6 de mayo de 1986, Muller (304/84, Rec. p. 1511), el Tribunal de Justicia afirmó que corresponde a los Estados miembros «evaluar, en el contexto de la discrecionalidad de hecho de que disponen a este respecto, si la comercialización de los productos alimenticios a los que se han añadido estas sustancias puede representar un riesgo para la salud pública y si existe una necesidad real de añadir estos agentes a productos alimenticios determinados. Al aplicar estos criterios, deben tenerse en cuenta los resultados de la investigación científica internacional y, especialmente, los trabajos del Comité Científico de la Alimentación Humana comunitario, evaluándolos *a la luz de las costumbres alimentarias propias del Estado miembro importador*», apartado 24 (el subrayado es mío). Así, en esta sentencia, dictada más de cinco años después de verificarse el acto dañoso sufrido por la demandante, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 30 y 36 del Tratado no se oponen a una normativa nacional que prohíba la comercialización de productos alimenticios importados de otros Estados miembros en los que se comercializan legalmente, a los que se han añadido determinados aditivos.

119. Aunque es cierto, como ha mostrado el Gobierno británico, que los Estados miembros disponen de cierto margen de discrecionalidad al adoptar medidas relativas a la política común de pesca, también lo es que ello normalmente sucede bajo el control constante de la Comisión, a quien los Estados están obligados a comunicar las medidas que adoptan. Como se deduce de los autos, en el presente asunto la Comisión había informado a su debido tiempo al Gobierno del Reino Unido de que los requisitos de nacionalidad, residencia y domicilio impuestos por la Merchant Shipping Act 1988 para permitir la matriculación de los pesqueros en el nuevo Registro naval, debían considerarse incompatibles con el Derecho comunitario.

A ello se añade que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derecho de establecimiento afirma constantemente la incompatibilidad con el Derecho comunitario de medidas nacionales que impliquen discriminación por razón de la nacionalidad; asimismo, el Tribunal de Justicia ha considerado incompatible con el Derecho comunitario el criterio de residencia impuesto a la tripulación de los pesqueros. [121] Por último, la norma de que se trata, en la medida en que se refiere al registro de pesqueros, no está destinada a determinar las modalidades de disfrute de los contingentes de pesca nacionales y, por tanto, tampoco puede considerarse justificada por ese motivo.

120. En definitiva, no considero que puedan suscitarse dudas sobre el carácter manifiesto y grave de la infracción controvertida ni, por tanto, sobre el derecho a indemnización de quienes han sufrido un daño a causa de tal infracción.

Por último señalaré que, como bien sabe este Tribunal de Justicia, las demandantes en el procedimiento principal han hecho todo lo posible para intentar evitar el daño que se ha producido posteriormente. Efectivamente, a tal fin actuaron incluso con anterioridad a la entrada en vigor de las normas nacionales declaradas posteriormente incompatibles, solicitando y obteniendo medidas cautelares de suspensión de la aplicación de las normas controvertidas, medidas anuladas por la Court of Appeal y después confirmadas, tras la sentencia de este Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990 (Factortame I), por la House of Lords.

121. Por lo que se refiere a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional nacional, apenas es preciso recordar, a la luz de las consideraciones precedentes, que la determinación de las categorías de perjuicios indemnizables y la cuantificación del daño siguen siendo competencia del Derecho nacional, aunque deban ser aptas para permitir una reparación íntegra de los daños sufridos por las víctimas.

121 — Sentencia de 14 de diciembre de 1989, Agegate (C-3/87, Rec. p. I-4459), apartados 22 a 26. Aunque tal sentencia es posterior a la entrada en vigor de la Merchant Shipping Act, ésta es anterior a la sentencia Factortame II a consecuencia de la cual la House of Lords confirmó las medidas cautelares solicitadas por las partes demandantes. Sin embargo, en ese asunto se trataba de un requisito impuesto con objeto de que los pesqueros pudieran imputar las capturas propias a los contingentes de pesca nacionales mientras que, en el caso que nos ocupa, se trata de una medida que impide, además, la matriculación de los pesqueros y, por tanto, el mismo ejercicio de la libertad de establecimiento.

No obstante, merece una consideración aparte la pretensión de una de las demandantes, consistente en que se le conceda también la indemnización de carácter disuasorio *(exemplary dammages)*, tal y como se prevé en el Derecho interno para conductas anticonstitucionales de la Administración. A este respecto baste señalar aquí que, conforme al principio de que los requisitos impuestos por una normativa nacional con objeto de tutelar situaciones jurídicas creadas por el Derecho comunitario, no pueden ser menos favorables que las que se refieren a reclamaciones análogas de naturaleza interna, un Estado miembro está obligado, cuando concurran los presupuestos definidos por la normativa nacional en la materia, a conceder tal resarcimiento a los particulares que lo soliciten, y ello, por tanto, también cuando se trate de una pretensión resarcitoria completamente desconocida en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros.

Conclusión

122. A la luz de las consideraciones precedentes propongo, por tanto, al Tribunal de Justicia que responda como sigue a las cuestiones planteadas respectivamente por el Bundesgerichtshof y por la High Court of Justice, Queen's Division, Divisional Court:

a) En el asunto C-46/93 (Brasserie du pêcheur):

«1) Un Estado miembro está obligado a indemnizar los daños casados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables a él, también en los supuestos en los que la violación consista en que el legislador ha omitido modificar una ley nacional para hacerla conforme al Derecho comunitario, a condición de que la obligación impuesta al Estado, de la que deriva el derecho del particular, sea precisa en todos sus elementos o haya sido claramente precisada por la jurisprudencia en la materia.

2) Un Estado miembro no puede supeditar el derecho al resarcimiento por violaciones del Derecho comunitario a las mismas restricciones previstas en caso de violación de normas constitucionales nacionales por parte del legislador cuando tales restricciones produzcan el efecto de hacer prácticamente imposible el derecho al resarcimiento.

3) La obligación de indemnizar a cargo del Estado no puede supeditarse a la determinación de un componente subjetivo (culpa o dolo) que acompañe a la violación de la norma, cuando esta última sea grave y manifiesta en el sentido anteriormente precisado.

4) a) Corresponde al ordenamiento jurídico nacional determinar los tipos de perjuicios indemnizables y los criterios para la cuantificación del daño, a condición de que los requisitos a tal fin no resulten menos favorables que los relativos a reclamaciones análogas de naturaleza interna y no sean tales que hagan excesivamente difícil o materialmente imposible al individuo obtener el resarcimiento íntegro de los daños sufridos; así sucedería si el Derecho nacional limitase su alcance a los bienes tutelados por ley, como la propiedad, pero excluyera cualquier posibilidad de indemnización del lucro cesante.

4) b) La obligación a cargo del Estado miembro de resarcir los daños causados a los particulares surge a partir del momento en que se verifica el acto productor del daño si la norma violada es clara, en el sentido precisado anteriormente o, en el caso de situaciones jurídicas dudosas, a partir del momento en los que éstas sean aclaradas por la jurisprudencia comunitaria, bien mediante una sentencia prejudicial o bien mediante una sentencia con arreglo al artículo 169 del Tratado.»

b) En el asunto C-48/93 (Factortame III):

«1) Un Estado miembro está obligado a indemnizar los daños casados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables a él, también en los supuestos en los que la violación consista en que el legislador ha adoptado una ley nacional incompatible con el Derecho comunitario, a condición de que la obligación impuesta al Estado, de la que deriva el derecho del particular, sea precisa en todos sus elementos o haya sido claramente precisada por la jurisprudencia en la materia.

2) Corresponde al ordenamiento jurídico nacional determinar los tipos de perjuicios indemnizables y los criterios para la cuantificación del daño, a condición de que los requisitos a tal fin no resulten menos favorables que los relativos a reclamaciones análogas de naturaleza interna y no sean tales que hagan excesivamente difícil o materialmente imposible al individuo obtener el resarcimiento íntegro de los daños sufridos. En el supuesto de que el ordenamiento jurídico nacional también prevea indemnizaciones de carácter disuasorio, las correspondientes normas deberán aplicarse, sin discriminación alguna, también en los casos de violación de derechos invocados por los particulares con arreglo al Derecho comunitario.»