CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 4 de septiembre de 2008 [1]

Índice

I. Introducción . . . . . I - 2126

II. Marco jurídico . . . . . I - 2127

A. Derecho comunitario . . . . . I - 2127

B. Derecho nacional . . . . . I - 2129

III. Antecedentes de hecho, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales . . . . . I - 2130

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia . . . . . I - 2133

V. Principales alegaciones de las partes . . . . . I - 2134

A. Respecto a la primera cuestión . . . . . I - 2134

B. Sobre la segunda cuestión . . . . . I - 2135

C. Sobre la tercera cuestión . . . . . I - 2136

D. Sobre la cuarta cuestión . . . . . I - 2138

E. Sobre la quinta cuestión . . . . . I - 2140

VI. Apreciación jurídica . . . . . I - 2142

A. Observaciones previas . . . . . I - 2142

B. Sobre la primera cuestión . . . . . I - 2143

1. Métodos de interpretación aplicables . . . . . I - 2143

2. Derechos individuales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia . . . . . I - 2144

1 — Lengua original: alemán.

3. Interpretación de las Directivas controvertidas . . . . . I - 2146

4. Conclusión . . . . . I - 2149

C. Sobre la segunda cuestión . . . . . I - 2150

1. Las libertades fundamentales como derechos públicos subjetivos . . . . . I - 2150

2. Aplicación prioritaria del Derecho derivado . . . . . I - 2151

3. Conclusión . . . . . I - 2153

D. Cuestión previa a las cuestiones tercera y cuarta . . . . . I - 2153

1. Competencia del legislador nacional . . . . . I - 2153

2. Requisitos de equivalencia y de efectividad . . . . . I - 2154

3. Conclusión . . . . . I - 2155

E. Sobre la tercera cuestión . . . . . I - 2156

1. Pertinencia de la cuestión prejudicial . . . . . I - 2156

2. El procedimiento por incumplimiento como mecanismo de control objetivo de legalidad . . . . . I - 2157

3. Inexistencia de necesidad de dar un trato privilegiado a la acción por responsabilidad del Estado . . . . . I - 2158

4. Conclusión . . . . . I - 2158

F. Sobre la cuarta cuestión . . . . . I - 2159

1. Observaciones previas . . . . . I - 2159

2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia . . . . . I - 2160

3. Comparación con la regla de prescripción del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia . . . . . I - 2161

4. Conclusión . . . . . I - 2162

G. Sobre la quinta cuestión . . . . . I - 2162

1. Existencia de una obligación de evitar el daño a cargo del afectado . . . . . I - 2162

2. Exigibilidad de recabar la primera tutela judicial posible . . . . . I - 2164

3. Exigibilidad en caso de necesidad de planteamiento de una cuestión prejudicial o de litispendencia de un procedimiento por incumplimiento . . . . . I - 2165

VII. Conclusión . . . . . I - 2166

I. Introducción

1. El presente asunto tiene su origen en una petición de decisión prejudicial presentada por el Bundesgerichtshof con arreglo al artículo 234 CE, mediante la que dicho tribunal nacional ha planteado al Tribunal de Justicia cinco cuestiones relativas a la interpretación del principio de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por infracciones del Derecho comunitario.

2. Dichas cuestiones se han suscitado en el marco de un litigio entre Danske Slagterier, asociación de sociedades titulares de mataderos y criadores de cerdos organizada en forma de cooperativa (en lo sucesivo, «demandante»), por una parte, y la Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania; en lo sucesivo, «demandada»), por otra parte, respecto a la indemnización que reclama la demandante por los daños sufridos a consecuencia de la incorrecta adaptación del Derecho interno a las Directivas 64/433/CEE, en la versión de la Directiva 91/497/CEE, [2] y 89/662/CEE. [3]

3. Las cuestiones se refieren esencialmente a los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario, la consideración de una eventual obligación de evitar el daño a cargo de los perjudicados acogiéndose a la tutela judicial y la aplicación de las normas de prescripción, que, en principio, están reguladas por el Derecho nacional.

2 — Directiva 91/497/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, por la que se modifica y codifica la Directiva 64/433/CEE relativa a problemas sanitarios en materia de intercambios intracomunitarios de carne fresca para ampliarla a la producción y comercialización de carnes frescas (DO L 268, p. 69).

3 — Directiva 89/662/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1989, relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios con vistas a la realización del mercado interior (DO L 395, p. 13).

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

4. El artículo 5 de la Directiva 64/433, en la versión de la Directiva 91/497, dispone:

«1. Los Estados miembros velarán por que el veterinario oficial declare inapropiadas para el consumo humano:

[…]

o) las carnes que presenten olor sexual fuerte.»

5. El artículo 6 de la Directiva 64/433 establece:

«1. Los Estados miembros velarán por que:

[…]

b) las carnes:

[…]

iii) sin perjuicio de los casos previstos en el apartado 1, letra o) del artículo 5, los cerdos machos no castrados de un peso expresado en canal superior a 80 kilos, salvo si el establecimiento pudiere garantizar, por un método reconocido según el procedimiento previsto en el artículo 16, o, en ausencia de tal método, por un método reconocido por la autoridad competente de que se trate, que pueden detectarse las canales que presenten un olor sexual fuerte,

estén provistas de la marca especial establecida en la Decisión 84/371/CEE [de la Comisión, de 3 de julio de 1984, por la que se establecen las características de la marca especial para carne fresca contemplada en la letra a) del artículo 5 de la Directiva 64/433/CEE (DO L 196, p. 46)] y se sometan a un tratamiento previsto en la Directiva 77/99/CEE [del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, relativa a problemas sanitarios en materia de intercambios intracomunitarios de productos a base de carne (DO L 26, p. 85), modificada en último lugar mediante la Directiva 89/662];

[…]

g) los tratamientos previstos en los puntos anteriores se efectúen en el establecimiento de origen o en cualquier otro establecimiento designado por el veterinario oficial;

[…]»

6. El artículo 5 de la Directiva 89/662 establece:

«1. Los Estados miembros de destino aplicarán las medidas de control siguientes:

a) la autoridad competente podrá verificar en los lugares de destino de la mercancía mediante controles veterinarios de sondeo y de carácter no discriminatorio, el cumplimiento de los requisitos del artículo 3; podrá, además, proceder a tomas de muestras.

Además, cuando la autoridad competente del Estado miembro de tránsito o del Estado miembro de destino disponga de elementos de información que le permitan suponer que se comete una infracción, podrá también efectuar controles durante el transporte de la mercancía en su territorio incluido el control de conformidad de los medios de transporte».

7. El artículo 7 de la Directiva 89/662 dispone:

«1. Si, al efectuar un control en el lugar de destino del envío o durante el transporte, las autoridades competentes de un Estado miembro comprobasen:

[…]

b) que la mercancía no reúne las condiciones exigidas por las Directivas comunitarias o, a falta de decisiones sobre las normas comunitarias previstas por las Directivas, por las normas nacionales, y si las condiciones de salubridad o de policía sanitaria lo permiten, podrán permitir al expedidor o a su representante optar por:

— la destrucción de las mercancías, o

— su utilización para otros fines, incluida su reexpedición con la autorización de la autoridad competente del país del establecimiento de origen.»

8. El artículo 8, apartado 1, de la Directiva 89/662 dispone:

«En los casos previstos en el artículo 7, la autoridad competente de un Estado miembro de destino se pondrá en contacto sin demora con las autoridades competentes del Estado miembro de expedición. Dichas autoridades adoptarán todas las medidas necesarias y comunicarán a la autoridad competente del primer Estado miembro la naturaleza de los controles realizados, las decisiones adoptadas y los motivos de dichas decisiones.»

B. *Derecho nacional*

9. En la versión vigente hasta el 31 de diciembre de 2001, el Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil; en lo sucesivo, «BGB, versión antigua»), contenía las siguientes disposiciones:

«Artículo 195

El plazo regular de prescripción es de treinta años.»

«Artículo 839

1. Todo funcionario que, con dolo o culpa, incumpla las obligaciones que le imponga el ejercicio de sus funciones para con un tercero estará obligado a indemnizar a éste por el daño que le haya causado. Si el funcionario ha actuado de forma meramente culposa, sólo podrá reclamársele la indemnización de los daños cuando el lesionado no pueda obtener de otro modo la reparación del daño.

2. El funcionario que incumpla las obligaciones que le incumban al apreciar una situación jurídica únicamente estará obligado a indemnizar los daños causados si dicho incumplimiento es constitutivo de delito. Esta disposición no se aplicará cuando el incumplimiento consista en la negativa a ejercer sus funciones o en la dilación en ejercerlas.

3. No se generará obligación de indemnizar los daños cuando el lesionado, con dolo o culpa, se haya abstenido de evitar el daño mediante el ejercicio de una acción judicial.»

«Artículo 852

1. La acción para reclamar la indemnización de los daños originados por una infracción prescribe a los tres años contados a partir del momento en el que el lesionado tuvo conocimiento de los daños y de la persona obligada a indemnizarlos y, a falta de tal conocimiento, a los treinta años de la comisión de la infracción.

2. Si entre el obligado a indemnizar y el titular del derecho a indemnización estuvieran pendientes negociaciones sobre la cuantía de la indemnización, se suspende la prescripción hasta que alguna de las partes se oponga a proseguir las negociaciones.

3. Si, mediante la infracción, el obligado a indemnizar ha obtenido una ventaja a costa del lesionado, también estará obligado, una vez expirado el plazo de prescripción, a restituirla con arreglo a las disposiciones sobre restitución en caso de enriquecimiento injusto.»

III. Antecedentes de hecho, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

10. La demandante, en representación de sus miembros, reclama a la demandada la indemnización de los daños sufridos a consecuencia de la infracción del Derecho comunitario. Afirma que, desde principios de 1993 a 1999, la demandada impuso de hecho una prohibición de importar carne de cerdos no castrados procedentes de Dinamarca, que ocasionó a sus miembros daños por un importe de, al menos, 280 millones de DEM.

11. En Dinamarca, desde principios de los años noventa se criaban cerdos machos no castrados para su sacrificio. La carne de estos animales, al calentarse, puede presentar un olor y un sabor fuertes. Para detectar y separar la carne de olor excesivo, en el proceso de matanza se medía el escatol, producto cata-

bólico que se genera en el intestino. Sin embargo, según la argumentación de la demandada, el fuerte olor se debe a la hormona androstenona y resulta imposible obtener resultados fiables a partir de la prueba del contenido de escatol.

12. Con arreglo al artículo 5, apartado 1, letra o), de la Directiva 64/433 en su versión resultante de la Directiva 91/497, los Estados miembros han de velar por que el veterinario oficial declare inapropiadas para el consumo humano las carnes que presenten olor sexual fuerte. Según el artículo 6, apartado 1, letra b), inciso iii), los Estados miembros deben velar por que las carnes, sin perjuicio de los casos previstos en el artículo 5, apartado 1, letra o), de los cerdos machos no castrados de un peso expresado en canal superior a 80 kilos estén provistas de una marca especial y se sometan a un tratamiento térmico, salvo si el establecimiento pudiere garantizar, por un método reconocido, que pueden detectarse las canales que presenten un olor sexual fuerte.

13. Mediante notas de 18 y 26 de enero de 1993, la demandada comunicó a las autoridades veterinarias superiores de cada Estado miembro que el Derecho alemán había sido adaptado a la norma contenida en el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 64/433, de forma que, con independencia del límite de peso, se fijaba un valor de 0,5 µg/g de androstenona por encima del cual la carne resultaba inapropiada para el consumo humano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1, letra o), y no podría ser exportada a Alemania como carne fresca. En estos escritos se decía también que con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/662 se examinaría en el lugar de destino si se había respetado ese límite en todos los lotes de carne de porcino procedentes de otros Estados miembros, aunque estuvieran provistos de la marca de salubridad. Por consiguiente, a partir de entonces las autoridades competentes alemanas sometieron a control numerosos lotes de carne de porcino procedentes de Dinamarca, que, cuando superaban el límite de androstenona, eran rechazados y devueltos.

14. A raíz de un recurso interpuesto por la Comisión, el Tribunal de Justicia, mediante sentencia de 12 de noviembre de 1998 dictada en el asunto Comisión/Alemania (C-102/96, Rec. p. I-6871), declaró que la demandada había infringido las disposiciones comunitarias antes citadas.

15. La demandante basa su reclamación de daños y perjuicios en el argumento de que los criadores de cerdos y los mataderos daneses, debido a la conducta contraria al Derecho comunitario de la demandada, tuvieron que comenzar reduciendo la producción de cerdos machos no castrados para abandonarla casi totalmente en octubre de 1993. En cambio, entre 1993 y 1999 se criaron y sacrificaron unos 39 millones de cerdos castrados para su comercialización en Alemania. La comercialización de una cantidad análoga de cerdos no castrados habría supuesto un ahorro de costes de al menos 280 millones de DEM.

16. El 6 de diciembre de 1999, el Landgericht consideró fundada, en principio, la demanda por lo que respecta a la solicitud de una resolución conminatoria con efectos a partir del 7 de diciembre de 1996 y la consideró prescrita en la medida en que mediante ella se reclamaba la indemnización de los daños producidos hasta el 6 de diciembre de 1996. El tribunal de apelación consideró fundada la demanda en su totalidad. Mediante el recurso de casación, admitido a trámite por el tribunal de apelación, la demandada solicita la desestimación de la demanda en su totalidad.

17. El Bundesgerichtshof, como instancia de casación, opina que el presente asunto plantea la cuestión de en qué medida los ganaderos y distribuidores de carne de porcino afectados pueden invocar, en su caso, derechos conferidos por el Derecho comunitario cuando se han infringido directivas de armonización. Además considera que se precisa una aclaración respecto a la influencia que los principios del Derecho comunitario tienen en la configuración exacta del derecho a reclamación por responsabilidad del Estado con arreglo al Derecho comunitario, en principio atribuida al Derecho nacional, especialmente en relación con su prescripción y con las consecuencias jurídicas de un eventual incumplimiento de la obligación de evitar los daños mediante el ejercicio de acciones judiciales («primacía de la primera tutela judicial posible»).

18. Por ese motivo, el 12 de octubre de 2002 resolvió suspender el procedimiento relativo al recurso de casación interpuesto por la demandada y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Confieren las disposiciones del artículo 5, apartado 1, letra o), y del artículo 6, apartado 1, letra b), inciso iii), de la Directiva 64/433/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1964, relativa a problemas sanitarios en materia de intercambios de carne fresca, en su versión modificada por la Directiva 91/497/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991 (DO L 268, p. 69), en relación con los artículos 5, apartado 1, 7 y 8 de la Directiva 89/662/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1989, relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios con vistas a la realización del mercado interior (DO L 395, p. 13), una posición jurídica al productor y distribuidor de carne de porcino que les permite reclamar responsabilidades al Estado en caso de una adaptación errónea del Derecho interno o una aplicación incorrecta del Derecho comunitario?

2) ¿Pueden los productores y distribuidores de carne de porcino, independientemente de la respuesta a la primera cuestión, alegar la infracción del artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE) para justificar una reclamación de responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario en caso de que la adaptación del Derecho interno a las Directivas citadas y la aplicación de éstas hayan sido contrarias al Derecho comunitario?

3) ¿Exige el Derecho comunitario que la prescripción del derecho a reclamar la

responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario se interrumpa con motivo de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, o se suspenda su transcurso hasta la conclusión del procedimiento si en el Derecho nacional faltan mecanismos jurídicos efectivos para obligar al Estado miembro a adaptar el Derecho interno a una directiva?

4) ¿Comienza el plazo de prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario por la insuficiente adaptación del Derecho interno a una directiva y la consiguiente prohibición (de hecho) de la importación, independientemente de lo establecido en el Derecho nacional aplicable, únicamente con la completa adaptación a esa directiva, o, de acuerdo con el Derecho nacional, el plazo de prescripción puede comenzar a computarse desde el mismo momento en que se produzcan las primeras secuelas perjudiciales y quepa prever nuevas secuelas? Si la completa adaptación determina el comienzo del plazo de prescripción, ¿se aplica este criterio de forma general o sólo si la directiva confiere derechos a los particulares?

5) Habida cuenta de que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños por responsabilidad del Estado con arreglo al Derecho comunitario no pueden ser menos favorables que los relativos a reclamaciones semejantes que afecten exclusivamente al Derecho nacional y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización, ¿existen objeciones generales frente a una regulación nacional que excluye la obligación de indemnizar si, deliberada o negligentemente, el perjudicado no ha evitado el perjuicio mediante el ejercicio de una acción judicial? ¿Persisten las objeciones frente a esa «primacía de la primera tutela judicial posible» cuando está supeditada a la reserva de que sea razonablemente exigible al afectado? ¿Deja de ser razonablemente exigible a efectos del Derecho comunitario si el órgano jurisdiccional interesado no puede responder previsiblemente a las cuestiones de Derecho comunitario sin remitirlas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o si ya hay pendiente un procedimiento por incumplimiento del Tratado con arreglo al artículo 226 CE?

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. La resolución de remisión se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 6 de noviembre de 2006.

20. Presentaron observaciones escritas, dentro del plazo señalado en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, la

demandante en el procedimiento principal, los Gobiernos de la República Federal de Alemania, de la República Helénica, de la República de Polonia, de la República Francesa, de la República Checa y de la República Italiana y la Comisión.

21. En la vista de 21 de mayo de 2008 comparecieron y formularon observaciones los representantes de la demandante en el procedimiento principal, de los Gobiernos de la República Federal de Alemania, de la República Helénica, de la República de Polonia, de la República Francesa, de la República Italiana, del Reino Unido y de la Comisión.

23. En apoyo de su argumentación, estos Gobiernos indican, en esencia, que de la exposición de motivos de las Directivas 64/433 y 89/662 se deduce que dichas Directivas tienen por objeto expreso eliminar los obstáculos a los intercambios intracomunitarios ocasionados por las disposiciones sanitarias, en concreto, por una parte, armonizando los principales requisitos para la protección de la salud pública y animal y, por otra parte, eliminando los controles en las fronteras interiores. El artículo 5, apartado 1, letra o), y el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 64/433 tienen por objeto la protección de la salud de los consumidores y la armonización de los correspondientes controles. Los artículos 5, apartado 1, 7 y 8 de la Directiva 89/662 obligan a los Estados miembros, en el marco de los controles sanitarios, a reconocer la salubridad de los productos controlados en el Estado miembro de expedición y, en caso de divergencias de criterio, a aplicar el procedimiento previsto en la Directiva.

V. Principales alegaciones de las partes

A. *Respecto a la primera cuestión*

22. Al igual que los *Gobiernos griego, polaco, francés e italiano,* el *Gobierno alemán* opina que ni el artículo 5, apartado 1, letra o), en relación con el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 64/433, ni lo dispuesto en los artículos 5, 7 y 8 de la Directiva 89/662 confieren derechos individuales a los productores y distribuidores de carne de porcino, por lo que, en su opinión, no concurre el primero de los tres requisitos para que se genere la responsabilidad de los Estados miembros por la adaptación incorrecta de las Directivas de que se trata.

24. El *Gobierno alemán* destaca que, a diferencia de lo que ocurría con las Directivas objeto de las sentencias Francovich y Dillenkofer, en las Directivas 89/662 y 64/433, aplicables en el presente asunto, no se menciona en ninguna parte un grupo determinable de personas a las que haya de conferirse derechos especiales. La mera proximidad objetiva de un grupo determinado de personas al objeto que es materia de la reglamentación no basta para suponer que a dicho grupo le hayan sido conferidos derechos subjetivos.

25. La *demandante* en el procedimiento principal, la *Comisión* y el *Gobierno checo* opinan que los productores y distribuidores de carne de porcino son titulares de un derecho subjetivo a obtener protección frente a controles que exceden de lo dispuesto en la Directiva. En este contexto la demandante destaca que se prohíbe a los Estados miembros imponer requisitos de comercialización que excedan de lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 64/433. Añaden que el artículo 8 de la Directiva 89/662 prohíbe a las autoridades nacionales aplicar el artículo 7 de la misma Directiva sin tramitar el procedimiento de solución de conflictos. De esta forma se reconoce a los particulares el derecho a que no se les apliquen las medidas que el artículo 7 permite adoptar al Estado de destino. En opinión de la demandante, la finalidad del artículo 5, apartado 1, letra o), de la Directiva consiste en garantizar que sea, en principio, el Estado de expedición quien determine si las mercancías son apropiadas para el consumo humano. Dicha norma tiene por objeto proteger a los particulares de prácticas nacionales que excedan de lo dispuesto en la Directiva.

26. En sus observaciones escritas, la *Comisión* se remite a la sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de noviembre de 1998 en el asunto C-102/96, Comisión/Alemania, [4] en la que se declaró que la citada práctica constituía una infracción de las Directivas 64/433 y 89/662. Según la Comisión, las disposiciones pertinentes de dicha Directiva tienen por objeto crear un sistema armonizado de controles sanitarios que se base en la equivalencia de los requisitos sanitarios en todos los Estados miembros, situando los controles en el Estado de expedición. Opina que las citadas Directivas forman parte de las medidas mediante las que se pretende realizar paulatinamente el mercado interior. A este respecto, la Comisión señala que, en la sentencia Dillenkofer, el Tribunal de Justicia ya declaró que el hecho de que una Directiva tenga también por objeto la realización del mercado interior no excluye que sus disposiciones también protejan los derechos individuales.

B. *Sobre la segunda cuestión*

27. La *demandante* en el procedimiento principal, la *Comisión* y el *Gobierno griego* opinan que, para fundamentar su derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado en caso de que la adaptación del Derecho interno a las Directivas 64/443 y 89/662 y su aplicación se hayan llevado a cabo de manera contraria al Derecho comunitario, los productores y distribuidores de carne de porcino pueden invocar la infracción del artículo 28 CE, independientemente de que las disposiciones de las Directivas les confieran posiciones jurídicas individuales. Entienden que, aunque una armonización prive a los Estados miembros de la posibilidad de alegar motivos de justificación al amparo del artículo 30 CE, no excluye la aplicación del artículo 28 CE. Si bien esta disposición puede concretarse mediante normas de Derecho derivado, éstas no pueden excluirla. En un asunto como el presente, la finalidad protectora del artículo 28 CE coincide con la de las disposiciones de las Directivas 64/433 y 89/662. Por consiguiente, la infracción de las normas de Derecho derivado constituye, al mismo tiempo, una infracción de las normas de Derecho primario.

28. En cambio, el *Gobierno alemán* opina, al igual que los Gobiernos *checo, francés, polaco e italiano,* que, en el supuesto de que las disposiciones aplicables de la Directiva no

4 — Asunto C-102/96, Rec. p. I-6871.

confieran a los particulares derechos individuales, éstos tampoco pueden invocar la infracción del artículo 28 CE para fundamentar un derecho a reclamar la responsabilidad de un Estado miembro. Entienden que de la sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declaró que se habían infringido la Directivas de que se trata se desprende que sus disposiciones armonizaron las medidas para determinar y apreciar el olor sexual de los cerdos. De ello deducen que las medidas nacionales no deben ser analizadas desde el punto de vista del Derecho primario, sino de las disposiciones aplicables del Derecho derivado.

29. El *Gobierno alemán* entiende que, puesto que la legalidad de las medidas nacionales controvertidas únicamente puede ser apreciada desde el punto de vista del Derecho derivado, habrá de aplicarse el mismo criterio al examinar si dichas medidas afectan a posiciones jurídicas individuales. El criterio aplicable a la apreciación de la legalidad de las medidas nacionales y el aplicable a la existencia de un derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado deben correr parejos. De este modo, la norma jurídica vulnerada ha ser la misma que confiera los derechos subjetivos.

30. Los *Gobiernos alemán* y *polaco* alegan que, además, se aplican criterios muy distintos a la hora de comprobar la existencia de una infracción del Derecho derivado y de una infracción del Derecho primario. Mientras que la mera falta de adaptación del Derecho interno a una Directiva ya constituye por sí sola una infracción de la Directiva, hay que comprobar si ese mismo comportamiento de un Estado miembro, suponiendo que no se haya llevado a cabo ninguna armonización mediante Derecho derivado, es compatible con el artículo 28 CE y, en su caso, si está amparado por alguno de los motivos de justificación reconocidos por el Derecho primario. Añaden que el presente asunto no presenta elementos transfronterizos y, por lo tanto, no está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE, ya que los productores de cerdos y las sociedades que gestionan mataderos no exportan ellas mismas sus productos. Las pérdidas eventualmente sufridas por ellos constituyen simplemente un efecto reflejo.

C. *Sobre la tercera cuestión*

31. *Todos los Gobiernos* que han presentado observaciones y la *Comisión* consideran que el Derecho comunitario no exige que la interposición de un recurso por incumplimiento por parte de la Comisión interrumpa la prescripción en relación con el derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado o la suspenda mientras dure el procedimiento.

32. Fundamentan esta opinión alegando que los Estados miembros disponen de autonomía en lo que se refiere a la normativa procesal. Dicha autonomía permite a todos los Estados miembros determinar por sí mismos los plazos de prescripción y su interrupción o suspensión, siempre y cuando las correspondientes disposiciones no sean más desfavorables, desde el punto de vista del titular del derecho, que las que se aplican al derecho, conferido por la normativa nacional, a reclamar la responsabilidad del Estado y no se impida ni se haga excesivamente difícil el

ejercicio, por parte del interesado, de los derechos que le confiere la normativa comunitaria. Por lo demás, así se deduce también de las sentencias de 10 de julio de 1997, Palmisani (C-261/95, Rec. p. I-4025), apartado 40, relativa a los plazos de caducidad de la acción para ejercer el derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado. El criterio de que un procedimiento de infracción del Derecho comunitario no interrumpe ni suspende el plazo de prescripción también es compatible con el principio de efectividad. La Comisión considera que el Derecho comunitario únicamente exige que se interrumpa o se suspenda la prescripción si el propio interesado ejerce una acción judicial para atenerse a su obligación de minimizar el daño.

33. Además, los *Gobiernos alemán* y *polaco* señalan que la jurisprudencia sobre al artículo 288 CE, apartado 2, relativo a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, ha impuesto al respecto requisitos muy restrictivos. Así, el Tribunal de Primera Instancia declaró que ha de ser el propio titular del correspondiente derecho quien interrumpa la prescripción (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de abril de 1997, Hartmann/Consejo y Comisión, T-20/94, Rec. p. II-595, apartados 117 y 118). Además, el procedimiento por incumplimiento es un acto de control jurisdiccional de interés público, cuyo objetivo primordial no es proteger posiciones jurídicas individuales. De ello deduce que la Comisión dispone de una facultad discrecional a la hora de apreciar si ha de incoar un procedimiento por incumplimiento y los interesados no pueden forzarla a interponer el correspondiente recurso. El Gobierno griego añade que la interposición de un recurso por incumplimiento no está sometida a ningún plazo.

34. *Todos los Gobiernos* que han presentado observaciones en el presente asunto y la *Comisión* coinciden en que la inexistencia de un recurso nacional mediante el que pueda obligarse a un Estado miembro a adaptar su Derecho interno a una Directiva carece de relevancia respecto a los procedimientos de ejercicio del derecho a reclamar la responsabilidad del Estado y, en concreto, respecto a su prescripción.

35. Antes de definir su postura respecto a la tercera cuestión, la *demandante* en el procedimiento principal analiza la cuestión de si el Derecho comunitario se opone a la aplicación analógica del artículo 852 del BGB, versión antigua, que defiende el tribunal remitente. Entiende que, a diferencia de otras normas que establecen plazos de prescripción más largos, el artículo 852 del BGB, versión antigua, fija un plazo de prescripción de tres años. En Derecho alemán no es obvio qué disposiciones nacionales en materia de prescripción hayan de aplicarse a la responsabilidad del Estado con arreglo al Derecho comunitario. A este respecto no existe normativa legal ni jurisprudencia de tribunales superiores. La doctrina tampoco es pacífica. En opinión de dicha demandante, la aplicación analógica al presente asunto del artículo 852 del BGB, versión antigua, que, como tal, tiene por objeto la responsabilidad personal del funcionario, carece de precedentes y constituye una violación de los principios de seguridad y claridad jurídica y del principio de efectividad. Entiende que, para cumplir su función de garantizar la seguridad jurídica, los plazos de prescripción deben fijarse por anticipado (sentencia de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Rec. p. I-6325, apartado 39). Además, también se ha violado el principio de equivalencia, porque quien hace valer un derecho nacional a reclamar la responsabilidad del Estado sabe qué normas de prescripción aplica a su derecho, mientras que

quien reclama dicha responsabilidad del Estado alemán basándose en el Derecho comunitario sólo puede especular sobre qué normas de prescripción se aplicarán de manera analógica.

36. La demandante alega, además, que el Derecho comunitario también se opone a la aplicación analógica del artículo 852 del BGB, versión antigua, porque, a diferencia de lo que opina el tribunal remitente, ella, como demandante en el procedimiento principal, no podía conocer antes de 1997 la identidad del obligado a indemnizar. Antes de que se dictara la sentencia de 1 de junio de 1999, Konle (C-302/97, Rec. p. I-3099), no podía saber si tenía que reclamar la indemnización de los daños al propio Estado miembro o a los Länder cuyas autoridades hubieran infringido también el Derecho comunitario adoptando medidas en el marco de la ejecución de la ley.

37. La *Comisión* considera que, antes de las cuestiones tercera y cuarta, el tribunal remitente plantea implícitamente la cuestión de si el Derecho comunitario se opone a la aplicación analógica de la norma de prescripción contenida en el artículo 852 del BGB, versión antigua, aplicable a las acciones nacionales de responsabilidad de los funcionarios. Opina que incumbe a los tribunales nacionales comprobar, teniendo en cuenta en especial el principio de efectividad, si los afectados por la infracción del Derecho comunitario pueden conocer suficientemente e invocar los derechos que les confiere la normativa comunitaria a reclamar la responsabilidad del Estado. Sólo un examen profundo del Derecho nacional y de las circunstancias de hecho del procedimiento principal puede permitir al tribunal remitente comprobar si una aplicación analógica del artículo 852 del BGB, versión antigua, impide a la demandante conocer suficientemente sus derechos e invocarlos ante los tribunales nacionales.

38. Respecto a la tercera cuestión en sentido estricto, la demandante en el procedimiento principal señala que, partiendo de una interpretación muy amplia del concepto de recurso, el procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE es un recurso a efectos del Derecho alemán. En opinión de la demandante, los recursos similares del Derecho nacional que, sin embargo, no habrían podido interponerse debido a las peculiaridades del comportamiento lesivo, también interrumpen la prescripción. Por consiguiente, entiende que el principio de equivalencia exige que se reconozca al procedimiento por incumplimiento o a la denuncia de la interesada ante la Comisión los mismos efectos que a un recurso alemán en una situación similar.

D. *Sobre la cuarta cuestión*

39. Todas las observaciones presentadas, a excepción de las de la demandante en el procedimiento principal, coinciden esencialmente en afirmar que el Derecho comunitario no exige que el plazo de prescripción previsto en el Derecho nacional no empiece a correr hasta la adaptación completa del Derecho nacional a la directiva de que se trate. Por consiguiente, el plazo de prescripción puede

comenzar a correr ya desde el momento en que se producen las primeras secuelas perjudiciales y quepa prever nuevas secuelas, aunque este momento sea anterior al de la completa adaptación del Derecho interno a la directiva.

40. En este contexto, en las citadas observaciones se destaca que, en principio, incumbe al Derecho nacional determinar cuándo comienza a transcurrir el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad del Estado basadas en el Derecho comunitario, siempre y cuando se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Respecto al principio de efectividad se señala, en especial, que, como ha declarado el Tribunal de Justicia en relación con reclamaciones de devolución de tributos no adeudados, no se opone al principio de efectividad el hecho de que un Estado miembro establezca un plazo de caducidad que expiró antes de que dicho Estado miembro no haya modificado aún sus normas nacionales para hacerlas compatibles con el Derecho comunitario (sentencia de 17 de noviembre de 1998, Aprile, C-228/96, Rec. p. I-7141, apartado 45). Afirman que no cabe deducir otra cosa de la sentencia de 25 de julio de 1991, Emmott (C-208/90, Rec. p. I-4269, apartado 23), en la que el Tribunal de Justicia declaró que, hasta el momento de adaptación del Derecho interno a la directiva, el Estado miembro que incumple su obligación no puede proponer la excepción de extemporaneidad de una acción judicial. Como aclaró posteriormente la sentencia Aprile, esta resolución se dictó exclusivamente atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto.

41. En la vista, el *Reino Unido* alegó esencialmente que la prescripción de la acción que confiere el Derecho comunitario para reclamar la responsabilidad del Estado se rige por el Derecho nacional y un plazo de tres años como el que establece el Derecho alemán no viola los principios de equivalencia y de efectividad. Entiende que el hecho de que una norma nacional sobre prescripción se aplique a las acciones de responsabilidad que confiere el Derecho comunitario tampoco menoscaba la efectividad. Añade que el Derecho comunitario no exige que el plazo de prescripción establecido en el ordenamiento jurídico nacional no empiece a transcurrir hasta que se haya adaptado completamente el Derecho interno a la directiva de que se trate.

42. La *demandante* en el procedimiento principal afirma, en primer lugar, que, a diferencia de lo que opina el tribunal remitente, el comportamiento lesivo de las autoridades alemanas sólo puede ser calificado de comportamiento continuado, lo que da lugar a que el plazo de prescripción no empiece a correr hasta que concluya el comportamiento o hasta que se dejen de producir actos lesivos. Así lo deduce, en particular, de la sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi (C-295/04 a 298/04, Rec. p. I-6619, apartados 77 y 78). El Tribunal de Justicia ha declarado que una norma nacional que establece que el plazo de prescripción para presentar una demanda de indemnización se computa a partir del día en que comienza el acuerdo o la práctica concertada podría hacer imposible en la práctica el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio causado. En tales circunstancias, es posible que el plazo de prescripción haya expirado antes de que concluya la infracción, de forma que el perjudicado ya no puede actuar judicialmente.

43. La demandante opina, además, que los principios desarrollados en la sentencia Emmott se aplican excepcionalmente también al asunto presente, porque en él también concurren circunstancias especiales. Éstas radican en la inseguridad jurídica que genera el complejo entramado de las disposiciones aplicables de la Directiva. Otra peculiaridad reside en el hecho de que las autoridades alemanas no aplicaran el procedimiento de solución de conflictos previsto en el artículo 8 de la Directiva 89/662, lo que también generó inseguridad jurídica. Por ese motivo entiende que, en la práctica, los operadores afectados no tuvieron la posibilidad de invocar directamente los derechos que les confieren las Directivas frente a las autoridades alemanas.

44. Por último, para el supuesto de que no se considerara que el comportamiento lesivo es un acto continuado, la demandante en el procedimiento principal alega subsidiariamente que el artículo 852 del BGB, versión antigua, debe interpretarse de manera conforme con la Directiva, en el sentido de que la indemnización de los daños únicamente se excluye respecto al período que concluyó tres años antes de ejercerse la acción por responsabilidad del Estado.

E. *Sobre la quinta cuestión*

45. El *Gobierno italiano* considera que, habida cuenta de sus observaciones relativas a las cuestiones tercera y cuarta, no es preciso analizar la quinta cuestión.

46. Todos los demás Gobiernos que han presentado observaciones consideran esencialmente que el Derecho comunitario no se opone a la aplicación de una norma nacional como el artículo 839, apartado 3, del BGB, conforme al cual no existe la obligación de indemnizar el daño cuando, deliberada o negligentemente, el perjudicado no ha evitado el perjuicio mediante el ejercicio de una acción judicial. Se remiten a la sentencia Brasserie du Pêcheur, de la que deducen que el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar siempre si el perjudicado se ha esforzado en debida forma por limitar el alcance del daño y, en particular, ha hecho uso de todas las posibilidades de que dispone para obtener tutela judicial.

47. Añaden que la aplicación del artículo 839, apartado 3, del BGB no viola el principio de efectividad, a no ser que, como apunta el *Gobierno checo,* dicha disposición se interprete de manera que se exija al perjudicado hacer uso de todas las posibilidades de que disponga para obtener tutela judicial, independientemente de que el empleo de dicha posibilidad parezca o no efectivamente adecuado, habida cuenta de las circunstancias del caso. Opinan que corresponde a los tribunales nacionales apreciar si cabe exigir del perjudicado que invoque derechos de una Directiva a la que no se ha adaptado correctamente el Derecho interno.

48. El *Gobierno alemán* hace hincapié en que la primacía de la primera tutela judicial posible no se opone a la efectividad del Derecho comunitario, puesto que el derecho conferido por la normativa comunitaria a reclamar la responsabilidad del Estado no se excluye de manera general, sino únicamente en los casos en que quien lo invoca no haya recabado dicha tutela judicial, incumpliendo de este modo su obligación de limitar los daños. Opina que cabe exigir del perjudicado que reclame la primera tutela judicial posible tanto si se prevé que el tribunal nacional planteará una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE como si se está tramitando un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE.

49. Los *Gobiernos checo, polaco y francés* opinan que la circunstancia de que el tribunal nacional ante el que se ejerce la acción no pueda responder a las cuestiones de Derecho comunitario suscitadas sin efectuar una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE o de que esté pendiente un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE no tiene ninguna relevancia sobre la exigibilidad del cumplimiento del deber de reclamar la primera tutela judicial posible.

50. La *Comisión* entiende que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma nacional como el artículo 839, apartado 3, del BGB, puesto que supedita el derecho que confiere la normativa comunitaria a reclamar la responsabilidad del Estado a un requisito adicional negativo. Sin embargo, al determinar el daño indemnizable, el tribunal nacional siempre puede comprobar, conforme al Derecho comunitario, si el perjudicado procuró adecuadamente evitar el daño o minimizar su alcance.

51. La *demandante* en el procedimiento principal señala, en primer lugar, que el artículo 839, apartado 3, del BGB tiene por objeto la responsabilidad de los funcionarios, y no la del Estado, en la medida en que éste responde subsidiariamente del comportamiento de los funcionarios. Puesto que, en este contexto, el particular no puede invocar procedimientos paralelos de otros afectados, la aplicación de dicha disposición tendría como consecuencia concreta que cualquiera de las más de 15.000 empresas danesas afectadas tuvieran que interponer acciones paralelas en todos los Länder contra los correspondientes funcionarios de los organismos que hubieran incumplido sus obligaciones, lo que equivaldría a más de 750.000 recursos, habida cuenta de que intervinieron más de cincuenta organismos distintos. Exigir el cumplimiento de tal requisito para hacer valer el derecho que confiere la normativa comunitaria a reclamar la responsabilidad del Estado debilitaría la eficacia del Derecho comunitario. En resumen, la demandante reconoce que existe una obligación de intentar minimizar los daños, pero considera que esta obligación no puede llegar al extremo de obligar al perjudicado a interponer todos los recursos imaginables para no perder el derecho que le confiere la normativa comunitaria.

VI. Apreciación jurídica

A. *Observaciones previas*

52. La institución jurídica comunitaria de la responsabilidad del Estado debe su existencia y su configuración concreta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En su sentencia de 19 de noviembre de 1991 en el asunto Francovich y otros, [5] mostró el rumbo que iba a seguir, declarando que, conforme a un principio directamente aplicable del Derecho comunitario, un Estado miembro está obligado a indemnizar a los ciudadanos aquellos daños que resulten de las infracciones del Derecho comunitario. De ello el Tribunal de Justicia dedujo que un Estado miembro también ha de indemnizar los daños que resulten para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional, dentro del plazo señalado, a una directiva. [6]

53. El alcance de esta sentencia resulta patente cuando se analiza el desarrollo del Derecho comunitario sobre responsabilidad del Estado, en el marco de la evolución jurisprudencial, sobre la base de los principios del efecto útil del Derecho comunitario, de la obligación de los Estados miembros de cooperación leal impuesta por el artículo 10 CE y, en especial, de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. [7] Aunque, a diferencia de la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, que tiene su base legal en el artículo 288 CE, párrafo segundo, [8] el Derecho comunitario aún no contiene ninguna norma que imponga expresamente la responsabilidad de los Estados miembros, actualmente nadie discute que la responsabilidad comunitaria de los Estados miembros es inherente al sistema del Tratado y confiere un derecho a obtener una indemnización basado directamente en el Derecho comunitario. [9]

5 — Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 37. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya había declarado en sentencias anteriores que los Estados miembros están obligados, en principio, a hacer frente a las repercusiones de los perjuicios ocasionados a los particulares como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario, frente a los perjudicados en el marco de las disposiciones del Derecho nacional sobre responsabilidad del Estado (véase la sentencia de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec. p. 45, apartados 7 a 9). Wathelet, M. y Van Raepenbusch, S., en «La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?», *Cahiers de droit européen,* Nr. 1-2 (1997), p. 15, opinan que el origen del principio de la responsabilidad del Estado con arreglo al Derecho comunitairo ya se adivinaba mucho antes de que se dictara la sentencia Francovich. Se remiten, en primer lugar, a la sentencia de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, Rec. p. 1253), en la que se declaró la primacía del Derecho comunitario frente al Derecho nacional, así como a la sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet (6/60, Rec. p. 1165), en relación con la obligación de los Estados miembros, en el marco del Tratado CECA, de eliminar las consecuencias de medidas ilegales.

6 — Sentencia Francovich y otros (citada en la nota 5), apartado 46.

7 — El principio comunitario de responsabilidad del Estado encuentra su base legitimadora en distintos elementos de su fundamentación. En primer lugar, el Tribunal de Justicia invoca el principio de efecto útil («effet utile») del Derecho comunitario y, al mismo tiempo, la necesidad de tutelar eficazmente los derechos que el Derecho comunitario confiere o desea conferir a los ciudadanos comunitarios. Además, aduce la obligación de los Estados miembros de eliminar las consecuencias de un comportamiento contrario al Derecho comunitario que les impone el artículo 10 CE y recientemente se remite, además, a un principio general inherente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual el comportamiento ilegal de las instituciones públicas les obliga a indemnizar los daños causados por ella (a este respecto, véanse Gellermann, M., *EUV/EGV* [editado por Rudolf Streinz], Múnich 2003, tomo 57, artículo 288, apartado 38; Wegener, B./Ruffert, M., *Kommentar zu EUV/EGV* [editado por Calliess/Ruffert], 3ª ed., 2007, artículo 288, apartado 36; Hidien, J., *Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten*, Baden-Baden 1999, pp. 12 y 13). Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union,* 2ª ed., Londres 2006, apartado 3-041, p. 109, consideran que la jurisprudencia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad constituye un fundamento importante del desarrollo de la institución jurídica de la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario.

8 — Respecto a la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo, véanse las conclusiones que presenté el 28 de marzo de 2007 en el asunto Internationaler Hilfsfonds/Comisión (C-331/05 P, Rec. p. I-5475), puntos 72 y ss.

9 — Véanse las sentencias Francovich y otros (citada en la nota 5), apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications (C-392/93, Rec. p. I-1631), apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. I-2553), apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros (C-178/94, C-179/94, C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845), apartado 20; de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Rec. p. I-1531), apartado 106, y de 4 de julio de 2000, Haim (C-424/97, Rec. p. I-5123), apartado 26.

54. El ordenamiento jurídico comunitario reconoce el derecho a obtener una indemnización cuando concurren tres requisitos: la norma infringida ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares, la violación debe estar suficientemente caracterizada y tiene que existir una relación de directa causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas. [10] En la sentencia Dillenkofer y otros, [11] el Tribunal de Justicia formuló de manera ligeramente distinta el primer requisito en supuestos en los que no se habían adoptado medidas para adaptar el Derecho interno a una directiva dentro del plazo señalado en el sentido de que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución, a favor de particulares, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva, pero, al mismo tiempo, indica que ambas fórmulas significan esencialmente lo mismo. [12]

55. Por lo que se refiere al reparto de competencias entre los Tribunales comunitarios y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, es preciso señalar que corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si se reúnen o no los requisitos para que los Estados incurran en responsabilidad derivada de la violación del Derecho comunitario. [13] En cambio, la cuestión de la existencia y la extensión de la responsabilidad del Estado por daños derivados del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario se refiere a la interpretación del Tratado, la cual, como tal, es competencia del Tribunal de Justicia. [14]

B. *Sobre la primera cuestión*

1. Métodos de interpretación aplicables

56. La primera cuestión del Bundesgerichtshof tiene por objeto aclarar si lo dispuesto en los artículo 5, apartado 1, letra o), y en el artículo 6, apartado 1, letra b), inciso iii), de la Directiva 64/433 en la versión de la Directiva 91/497, en relación con los artículos 5, apartado 1, 7 y 8 de la Directiva 89/662 confiere a los productores y distribuidores de carne de porcino derechos subjetivos en el sentido del primer requisito para la existencia de un derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado.

57. Este requisito mínimo, en el que se refleja la función protectora del individuo que tiene

10 — Goffin, L., «À propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des États membres en cas de violation du droit communautaire», *Cahiers de droit européen,* Nr. 5-6 (1997), pp. 537 y ss., Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *loc. cit.* nota *7 supra,* apartados 3-042, p. 109; Knez, R., «Varstvo pravic posameznika, ki jih vsebuje pravo skupnosti», *Revizor,* nº 4/5 (2003), año 14, p. 105; Ossenbühl, F., *Staatshaftungsrecht,* 5ª ed., Múnich 1998, p. 505, y Guichot, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario,* Valencia 2007, pp. 473 y 474, afirman la existencia de tres requisitos: 1º la norma infringida tiene por objeto conferir derechos a los particulares; 2º la infracción está suficientemente cualificada y 3º existe un nexo causal entre la infracción y los daños sufridos. Véanse, en particular, las sentencias citadas en la nota 9, Brasserie du Pêcheur y Factortame (apartado 51); Hedley Lomas (apartado 25) y Haim (apartado 36) y las sentencias de 4 de diciembre de 2003, Evans (C-63/01, Rec. p. I-14447), apartado 83, y de 25 de enero de 2007, Robins y otros (C-278/05, Rec. p. I-1053), apartado 69.

11 — Sentencia citada en la nota 9, apartado 23.

12 — En este sentido también se manifestó el Abogado General Jacobs en las conclusiones que presentó el 26 de septiembre de 2000, Stockholm Lindöpark (sentencia de 18 de enero de 2001, C-150/99, Rec. p. I-493), punto 51.

13 — Sentencias citadas en la nota 9, Brasserie du Pêcheur y otros, apartado 22, y British Telecommunications, apartado 41, y sentencia Stockholm Lindöpark (citada en la nota 12), apartado 38.

14 — Sentencia Brasserie du Pêcheur y otros (citada en la nota 9), apartado 25.

el derecho a reclamar la responsabilidad del Estado, se cumple cuando la norma comunitaria de que se trata tiene por objeto conferir a un grupo de personas suficientemente determinado un derecho cuyo contenido puede precisarse sobre la base de la norma infringida. [15]

2. Derechos individuales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

58. Conforme al artículo 249 CE, apartado 3, los destinatarios de las directivas son, primordialmente, los Estados miembros, en la medida en que deben adaptar a ella su Derecho interno. Sin embargo, las directivas pueden tener el carácter de una norma de protección de terceros cuando obligan expresamente a los Estados miembros a conferir derechos individuales. [16] A estos efectos, la comprobación de si una disposición del Derecho comunitario tiene por objeto conferir derechos subjetivos, habrá de hacerse por vía interpretativa, aplicando los métodos de interpretación reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [17] Para ello son determinantes el tenor, el sentido y la finalidad de las disposiciones pertinentes y las consideraciones del legislador comunitario, tal como se desprende de la exposición de motivos de las respectivas normas comunitarias. [18]

59. Me gustaría anticipar que no comparto el criterio, defendido por la demandante en el procedimiento principal, el Gobierno checo y la Comisión, de que las disposiciones controvertidas pueden conferir derechos individuales a los productores y distribuidores de

15 — Sentencias Francovich y otros (citada en la nota 5), apartado 45, y Dillenkofer y otros (citada en la nota 9), apartado 46. Según Berg, W., *EU-Kommentar* (editado por Jürgen Schwarze), Baden-Baden 2000, artículo 288, apartados 79 y 80, p. 2304, basta con que la norma de que se trate, por ejemplo, una disposición de una directiva, tenga por objeto conferir un derecho a un grupo determinado de personas. Si se comprueba que la finalidad de la norma es conferir un derecho, hay que verificar si el contenido del derecho de que se trata pude determinarse tomando como base dicha norma. Es preciso que, interpretando la norma, pueda deducirse de ella un contenido mínimo en el sentido de un derecho mínimo.

16 — Véase Hidien, J. *(loc. cit.* nota 7 *supra,* p. 48), que indica que, por definición, las directivas se dirigen exclusivamente a los Estados miembros para obligarles a alcanzar un resultado («obligation de résultat»). En el asunto Francovich, el derecho controvertido a obtener una cantidad de dinero del pasivo de una quiebra no se generaba sino después de que el Estado hubiera adaptado su normativa a la directiva y hubiera adoptado las correspondientes medidas nacionales a favor de los trabajadores. Sin embargo, el Tribunal de Justicia afirmó la existencia de un derecho de los particulares a reclamar la responsabilidad del Estado.

17 — En general, respecto a los métodos de interpretación reconocidos por la jurisprudencia, véanse las sentencias de 19 de marzo de 1998, Compassion in World Farming (C-1/96, Rec. p. I-1251), apartado 49, y Comisión/Alemania (citada en la nota 4), apartado 24. Conforme a esta jurisprudencia, al interpretar una disposición del Derecho comunitario debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.

18 — Ruffert, M., en Calliess/Ruffert *(loc. cit.* nota 7 *supra),* artículo 288, apartado 54, p. 2358, considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a este requisito es poco esclarecedora. Afirma que el Tribunal de Justicia examina, por una parte, el tenor literal y, por otra parte, el sentido y la finalidad de las normas de la directiva para averiguar la protección que confieren y se refiere, en particular, a sus considerandos (véanse las sentencias, citadas en la nota 9, Dillenkofer, apartados 30 y ss. y Norbrook Laboratories, apartado 108). El Tribunal de Primera Instancia se remite, a su vez, a un principio general del Derecho (prohibición de discriminación) (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2003, Banan-Kompaniet/Consejo y Comisión, T-57/00, Rec. p. II-607, apartado 64). El autor defiende la tesis de que los criterios que deben aplicarse a la cuestión de los derechos conferidos a los individuos al adaptar el Derecho interno a la directiva y de la eficacia directa de las directivas son aplicables a la cuestión que nos ocupa. En su opinión, existe un derecho subjetivo cuando, por su finalidad normativa objetiva, la disposición comunitaria protege intereses de los individuos que, a su vez, han de ser efectivos e individualizables.

carne de porcino. Considero que mi conclusión se desprende de un análisis de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída hasta la fecha en materia de responsabilidad del Estado y de las disposiciones comunitarias objeto del procedimiento. Pero, antes de analizar éstas, me gustaría recordar los antecedentes de hecho de algunos asuntos en los que el Tribunal de Justicia afirmó la existencia de un derecho individual y, de esta forma, aclarar la diferencia respecto al presente asunto.

60. En primer lugar hay que mencionar la sentencia Francovich, [19] en la que el Tribunal de Justicia consideró que las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE [20] en relación con la determinación tanto del grupo de personas como del derecho conferido a los trabajadores a que se les garantizara la satisfacción de sus derechos no atendidos en caso de insolvencia del empresario eran suficientemente precisas y dedujo de ello la existencia de un derecho subjetivo.

61. Además, en la sentencia Dillenkofer y otros, [21] el Tribunal de Justicia reconoció la existencia, en la Directiva 90/314/CEE [22] sobre viajes combinados, de derechos individuales, puesto que «implica la atribución al adquirente de un viaje combinado de derechos que garanticen la devolución de los fondos depositados y su repatriación en caso de insolvencia o de quiebra del organizador».

62. En la sentencia Norbrook Laboratories, [23] el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 81/851/CEE, [24] al establecer que la solicitud de una autorización de comercialización sólo puede ser rechazada por las razones enumeradas en ella, genera en favor de los particulares el derecho a obtener una autorización si se reúnen determinados requisitos. Estos requisitos están determinados de manera precisa y exhaustiva en las Directivas 81/851 y 81/852. De ello dedujo el Tribunal de Justicia que el contenido del derecho conferido al solicitante de una autorización de comercialización puede identificarse suficientemente sobre la base de estas Directivas.

63. Por último, en la sentencia Lindöpark, [25] el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del artículo 17, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva, en relación con las de los artículos 2, 6, apartado 1, y 13, parte B, letra b), de la misma, que confieren un derecho a deducir el impuesto pagado, son lo bastante claras, precisas e incondicionales como para que un particular pueda invocarlas frente a un Estado miembro ante un órgano jurisdiccional nacional.

19 — Sentencia Francovich y otros (citada en la nota 5), apartado 26.

20 — Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219).

21 — Sentencia Dillenkofer y otros (citada en la nota 9), apartado 42.

22 — Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, p. 59).

23 — Sentencia Norbrook Laboratories (citada en la nota 9), apartado 108.

24 — Directiva 81/851/CEE del Consejo, de 28 de septiembre de 1981, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre medicamentos veterinarios (DO L 317, p. 1; EE 13/12, p. 3).

25 — Sentencia Stockholm Lindöpark (citada en la nota 13), apartado 33.

64. Las directivas que interpretó el Tribunal de Justicia en los asuntos citados se caracterizan porque confieren derechos jurídico-privados a los trabajadores o a los consumidores en forma de derechos a obtener una indemnización por los daños sufridos o bien derechos jurídico-públicos a los ciudadanos frente a la administración referidos a una prestación determinada, definida por la Directiva. Como ha indicado acertadamente el Tribunal de Justicia, tanto los titulares del derecho como el contenido del derecho puede deducirse de manera suficientemente clara tanto del tenor literal como del sentido y de la finalidad de la correspondiente norma. Sin embargo, en el presente asunto no sucede lo mismo, como se desprende de una interpretación de las disposiciones comunitarias pertinentes.

3. Interpretación de las Directivas controvertidas

65. En primer lugar, hay que señalar que la Directiva 64/433, en la versión de la Directiva 91/497, tiene por objeto realizar el mercado interior de carne fresca garantizando al mismo tiempo la protección de la salud. Según se desprende de los considerandos segundo, tercero y cuarto de la Directiva 64/433, el legislador comunitario emplea el método de la aproximación de las legislaciones, con el fin de favorecer los intercambios intracomunitarios eliminando los obstáculos a dichos intercambios que resultan de «la disparidad de las prescripciones sanitarias existentes en los Estados miembros en materia de carnes».

66. De esta forma, la Directiva 64/433 instauró un sistema armonizado de controles sanitarios, basado en la equivalencia de las garantías sanitarias exigidas en el conjunto de los Estados miembros, que garantiza al mismo tiempo la protección de la salud y la igualdad de trato de los productos. Dicho sistema tiene por objeto situar los controles sanitarios en el Estado miembro de expedición. [26] Esto último se consigue finalmente mediante la Directiva 89/662, que establece las normas de los controles veterinarios en los intercambios entre Estados miembros. Según el quinto considerando de la Directiva 89/662, dichos controles, que, hasta ese momento se llevaban a cabo en las fronteras entre los Estados miembros, han de realizarse preferiblemente en el Estado de expedición de la carne fresca.

67. Sin perjuicio de todo ello, en el artículo 5 de la Directiva 89/662 se permite al Estado de destino realizar controles veterinarios de sondeo y de carácter no discriminatorio, para comprobar que las mercancías cumplen lo dispuesto en las normas vigentes en materia sanitaria. Se trata evidentemente de un artículo destinado a garantizar la salud pública en el marco del sistema establecido por la Directiva. En efecto, conforme al artículo 7, la Directiva permite prohibir la comercialización de la carne cuando se comprueben irregularidades en el envío. No obstante, en ese supuesto se obliga al Estado que haga uso de dicha posibilidad a incoar

26 — En este sentido, véanse las sentencias de 6 de octubre de 1983, Delhaize Frères (2/82 a 4/82, Rec. p. 2973), apartado 11; de 15 de diciembre de 1993, Ligur Carni y otros (C-277/91, C-318/91 y C-319/91, Rec. p. I-6621), apartado 25, y Comisión/Alemania (citada en la nota 4), apartado 26.

inmediatamente el procedimiento especial del artículo 8, con el fin de poner remedio a las objeciones relativas a la adecuación de la mercancía a las disposiciones sanitarias.

68. Mientras que las citadas Directivas sitúan claramente la realización del mercado interior en el centro de sus objetivos, [27] no dicen casi nada respecto al papel que corresponde a los productores o exportadores de carne en el marco de los controles veterinarios. En efecto, a diferencia de lo alegado en la vista por la parte demandada en el procedimiento principal, no solamente hay que examinar los derechos de los productores de carne, sino también, especialmente, los de los exportadores, sobre todo habida cuenta de que la demandante realiza una parte de sus exportaciones de carne a Alemania a través de su filial alemana ESS FOOD. [28] Por tanto, la demandante en el procedimiento principal forma una unidad económica que, a diferencia de lo que afirma la demandada, sí desarrolla una actividad económica transfronteriza (producción en Dinamarca y distribución en Alemania).

69. En la sentencia Comisión/Alemania, [29] el Tribunal de Justicia declaró que una directiva crea derechos y obligaciones de los particulares si obliga a los Estados miembros a adoptar, mediante disposiciones precisas y detalladas, un conjunto de prohibiciones, de regímenes de autorización y de procedimientos de control. En el presente asunto, estos elementos tipificadores sólo concurren parcialmente. Aunque la Directiva 89/662 establece una serie de procedimientos de control y de obtención de información entre los organismos nacionales competentes, tanto la obligación, meramente implícita, de aceptar los controles veterinarios en el Estado de origen como los controles veterinarios de sondeo y de carácter no discriminatorio autorizados con arreglo al artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/662 sólo permiten identificar claramente algunos derechos que, en su caso, pudiera invocar ante las autoridades competentes el productor o el distribuidor de carne. Se trata exclusivamente de derechos procesales de participación, como, por ejemplo, la posibilidad que tiene el expedidor o su representante, conforme al artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/662, de optar entre la destrucción de las mercancías o su utilización para otro fines, incluida su reexpedición. Aparte de ello, el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 89/662 impone a las autoridades competentes obligaciones frente al expedidor o a su representante relativas a la motivación de las decisiones administrativas y a la información sobre los recursos que, en su caso, quepa interponer.

70. Por tanto, es obvio que las citadas disposiciones de la Directiva 89/662 se limitan esencialmente a regular aspectos procedimientales de los controles administrativos, reservando a los productores y distribuidores de carne de porcino un papel pasivo en la medida en que deben soportar las

27 — Véase la sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 4), apartado 27, dictada en un procedimiento por incumplimiento contra la República Federal de Alemania, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «las citadas Directivas [la Directiva 64/433, en su versión resultante de la Directiva 91/497, y la Directiva 89/662] forman parte de las medidas encaminadas a realizar gradualmente el mercado interior».

28 — Véase el apartado 23 del escrito de la demandante en el procedimiento principal.

29 — Sentencia de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania (C-131/88, Rec. p. I-825), apartado 7.

medidas de los organismos competentes. Por consiguiente, no conceden derechos cuyo contenido pueda identificarse de manera suficiente y que fundamenten el derecho, a favor de ese grupo de personas, a reclamar la responsabilidad del Estado.

71. De los artículos 5, apartado 1, letra o), y 6, apartado 1, letra b), inciso iii), de la Directiva 64/433, en la versión de la Directiva 91/497, tampoco pueden deducirse derechos individuales, puesto que estas disposiciones únicamente fundamentan la obligación de las autoridades nacionales de declarar inapropiada para el consumo la carne que presente un olor sexual fuerte. Al mismo tiempo, dichas disposiciones de la Directiva imponen la obligación de proveer de una marca especial las carnes de cerdos machos no castrados de un peso superior a 80 kilos y someterlas a un tratamiento térmico. Por tanto, la finalidad principal de las Directivas es armonizar los controles veterinarios y los principios que se refieren a la seguridad sanitaria. Dicha armonización debe alcanzarse a través del cumplimiento adecuado, por los Estados miembros, de las obligaciones impuestas en las citadas Directivas. Éstas no tienen por objeto proteger los derechos de los productores y los Estados miembros son los únicos sobre los que pesa una obligación de hacer.

72. Es acertado el criterio mantenido por la demandante en el procedimiento principal de que dichas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que prohíben a los Estados miembros imponer requisitos a la comercialización que excedan de lo dispuesto en el artículo 6. Esta es la interpretación que hizo el Abogado General La Pergola en las conclusiones que presentó el 3 de febrero de 1998 en el asunto Comisión/Alemania [30] y que fue confirmada por el Tribunal de Justicia en la

30 — En sus conclusiones de 3 de febrero de 1998, presentadas en el asunto Comisión/Alemania (citado en la nota 4), punto 8, el Abogado General La Pergola afirma que no hay dudas sobre el hecho de que las exigencias impuestas por las autoridades alemanas en materia de marcado especial y tratamiento térmico de las carnes de porcino son contrarias al artículo 6, apartado 1, letra b), inciso iii). Entiende que el tenor de esta norma es claro e inequívoco: únicamente deberán estar provistas de la marca especial y someterse a un tratamiento térmico las canales de un peso superior a 80 kg., y siempre que el establecimiento no pueda garantizar, mediante un método común o, en ausencia de éste, por un método reconocido por la autoridad competente del país de origen, que «pueden detectarse las canales que presenten un olor sexual fuerte». Sin embargo, las autoridades alemanas exigían la marca especial y el tratamiento térmico también en el caso de las canales de un peso inferior al referido límite de 80 kg. Y además lo imponían con independencia del hecho de que la autoridad del país de origen utilizara un método capaz de detectar las carnes que presentaban un olor sexual fuerte; por el contrario, en la nota controvertida se indicaba expresamente que «sólo se reconoce como método específico que permite detectar la androstenona el test inmunoenzimático modificado del profesor Claus». Consiguientemente, el Abogado General entendió que existía una infracción manifiesta del artículo 6, apartado 1, letra b), inciso iii).

sentencia de 12 de noviembre de 1998. [31] No obstante, como ha expuesto acertadamente el Gobierno polaco en sus observaciones escritas, [32] esto no puede significar en ningún caso que de una obligación impuesta a un Estado miembro haya de deducirse sin más un derecho subjetivo de los particulares. Una interpretación distinta obligaría a calificar de derecho individual cualquier interés económico de los operadores en el mercado que se satisficiera a través de la eliminación de obstáculos comerciales a los intercambios entre Estados miembros. Pero el mero hecho de que una disposición jurídica proporcione ventajas a los ciudadanos no les confiere un derecho subjetivo, sino como mucho, les proporciona una posición favorable derivada de la situación jurídica (Rechtsreflex). [33] La doctrina del derecho público subjetivo afirma la existencia de un derecho subjetivo en los casos en los que la finalidad de la norma vinculante no sólo sea servir al interés público sino, al menos también, al interés de particulares. Por consiguiente, tomando como base la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, para hacer valer el derecho a reclamar la responsabilidad del Estado habrá que preguntarse si la norma infringida confiere al perjudicado un derecho subjetivo entendido como una posición jurídicamente protegida. [34] Habida cuenta de las conclusiones a las que acabo de llegar tras examinar las Directivas de que se trata en el presente asunto, es evidente que dicho requisito no se cumple.

4. Conclusión

73. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que las disposiciones del artículo 5, apartado 1, letra o), y del artículo 6, apartado 1, letra b), inciso iii), de la Directiva 64/433, en relación con el artículo 5, apartado 1, el artículo 7 y el artículo 8 de la Directiva 89/662 no confieren una posición jurídica a los productores y distribuidores de carne de porcino que les permita reclamar responsabilidades al Estado en caso de una adaptación errónea del Derecho interno o una aplicación incorrecta del Derecho comunitario.

31 — Véase la sentencia de 12 de noviembre de 1998, Comisión/Alemania (citada en la nota 4), apartados 32 y 33. A este respecto, véase Aubry-Caillaud, F., *La libre circulation des marchandises — nouvelle approche et normalisation européenne,* París 1998, p. 68, que indica que, en caso de armonización completa, las autoridades nacionales ya no tienen la posibilidad de imponer a las mercancías procedentes de otros Estados miembros requisitos de comercialización distintos de los establecidos por la normativa comunitaria.

32 — Observaciones escritas del Gobierno polaco, apartado 14.

33 — En este sentido, véase Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 11ª ed., Múnich 1997, artículo 8, apartado 8, p. 152. Respecto a la responsabilidad del Estado, véase Nettesheim, M., *Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien,* Berlín 1999, p. 43, que, para afirmar que una directiva confiere un derecho subjetivo, exige que «se proteja de manera cualificada un interés individual digno de protección». Entiende que no basta con que «la disposición que adapta el Derecho interno a la directiva afecte tangencialmente la esfera de interés del particular». Tampoco es suficiente que la actuación que obligue a realizar la norma de la directiva «afecte a los asuntos de los particulares de una forma que beneficie a sus intereses». De esta forma, el autor distingue entre meros «intereses» y «derechos» (entendidos como intereses dignos de protección jurídica). Según Beljin, S., *Staatshaftung im Europarecht,* Colonia 2000, p. 139, el concepto originariamente estricto del derecho subjetivo se entiende actualmente que engloba derechos en sentido estricto e intereses y posiciones jurídicas jurídicamente protegidos. Opina que los intereses jurídicos deben distinguirse de los «intereses meramente económicos, políticos, estéticos o de otro tipo». No cabe hablar de protección jurídica de un interés en el caso de que no exista más que un mero Rechtsreflex, es decir, de efectos meramente fácticos y no normativos de una norma jurídica, o mero «reflejo».

34 — Normalmente, el Tribunal de Justicia emplea el concepto de «derecho individual», pero se refiere evidentemente a un «derecho subjetivo». Alexy, R., *Theorie der Grundrechte,* Baden-Baden 1985, p. 164, entiende por derechos subjetivos, desde un punto de vista de la teoría del Derecho, posiciones y relaciones jurídicas. Se remite a los criterios de teoría jurídica definidos por Bernhard Windscheid y Rudolf von Jhering. Según Windscheid, el derecho subjetivo es «el poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico»; según Jhering, los derechos subjetivos son «intereses jurídicamente protegidos». La discusión de estas teorías ha dado lugar a numerosas teorías, denominadas combinadas. Por una parte, se define el derecho subjetivo como un poder jurídico que confiere el ordenamiento jurídico a los particulares y que constituye un medio para satisfacer intereses humanos. Por su parte Georg Jellinek lo define como el «poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés y protegido y reconocido por el ordenamiento jurídico». Según Maurer, H. *(loc. cit.* nota 33 *supra),* artículo 8, apartado 2, p. 149, desde el punto de vista de los particulares, el derecho público subjetivo es el «poder jurídico conferido por el Derecho público a los particulares, de poder exigir al Estado determinado comportamiento para alcanzar sus propios intereses».

C. *Sobre la segunda cuestión*

74. En el supuesto de que las Directivas de que se trata no confieran derechos a ese grupo de personas, el Bundesgerichtshof pregunta, mediante su segunda cuestión prejudicial, si éstas pueden alegar la infracción del artículo 28 CE para justificar una reclamación de responsabilidad del Estado conforme al Derecho por violación de la libre circulación de mercancías.

1. Las libertades fundamentales como derechos públicos subjetivos

75. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce que de las disposiciones del Derecho primario relativas a las libertades fundamentales también pueden deducirse derechos individuales. Las libertades fundamentales no sólo generan un derecho objetivo, sino que también confieren a los particulares el poder jurídico de invocar frente a los sujetos jurídicos obligados el cumplimiento de los deberes que de ellas se derivan. Puesto que confieren tal posición jurídica frente a los poderes públicos, pueden ser calificadas de derechos públicos subjetivos. [35] Consiguientemente, cuando son infringidas, pueden generar, en principio, el derecho a reclamar la responsabilidad del Estado. Así cabe afirmarlo indiscutiblemente respecto a las disposiciones, aplicables en el presente asunto, relativas a la libre circulación de mercancías. [36]

76. De este modo, en la sentencia Brasserie du Pêcheur, [37] el Tribunal de Justicia consideró que se cumplía el primer requisito para poder reclamar la responsabilidad del Estado también en el caso de una infracción del artículo 28 CE, puesto que, aunque este artículo «impone una prohibición a los Estados miembros, no deja por ello de generar, a favor de los particulares, derechos que los órganos jurisdiccionales deben salvaguardar».

77. En la sentencia Hedley Lomas [38] el Tribunal de Justicia confirmó esta declaración y, al mismo tiempo, la amplió al comercio intracomunitario de animales de matadero. El asunto tenía su origen en un litigio entre la empresa Hedley Lomas Ltd y el Ministry of Agriculture, Fisheries and Food (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación) de Inglaterra y del País de Gales a raíz de la

35 — En este sentido véanse Kingreen, T., en Calliess/Ruffert (editor) *(loc. cit.* nota 18 *supra),* artículos 28 a 30, apartado 9, p. 578; del mismo autor, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts,* Berlín 1999, pp. 23 y ss.

36 — Así, Müller-Graff, P.-C., *Kommentar über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (editado por Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze), Baden-Baden 2003, tomo 1, artículo 28, apartado 316, p. 1065, indica que un Estado miembro está obligado a indemnizar el daño causado a un particular por haber adoptado medidas contraviniendo el artículo 28 CE o no haber adoptado ninguna medida de protección de la libre circulación de mercancías en perjuicio de particulares, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos para que se genere el derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado.

37 — Sentencia Brasserie du Pêcheur y otros (citada en la nota 9), apartado 54.

38 — Sentencia Hedley Lomas (citada en la nota 9), apartados 27 a 29, que se remite a la sentencia de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Rec. p. 2347), apartados 66 y 67, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «lo dispuesto en los artículos 30 y 34 del Tratado CE y en el Reglamento nº 2795/75 son directamente aplicables y confieren a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a tutelar».

negativa de éste a expedir una licencia de exportación de ganado ovino vivo a España, solicitada por Hedley Lomas Ltd. La negativa se basaba en que el ganado sufría en los mataderos de este Estado un trato contrario a la Directiva 74/577/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1974, relativa al aturdido de los animales antes de su sacrificio (DO L 316, p. 10; EE 03/07, p. 258). El Tribunal de Justicia consideró que la denegación de los permisos de exportación constituía una restricción cuantitativa a la exportación, contraria al artículo 28 CE y no justificada al amparo del artículo 30 CE y aclaró que el artículo 28 CE confiere derechos a los particulares. Teniendo en cuenta que, en el momento en que se cometió dicha infracción, el Reino Unido no estaba confrontado a opciones normativas y disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido, el Tribunal de Justicia consideró que la mera infracción del Derecho comunitario podía bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada.

78. No obstante, también es preciso averiguar si los perjudicados pueden invocar el Derecho primario cuando, en el ámbito de que se trate, se ha adoptado una directiva de armonización y si esta directiva no constituye el marco de referencia exhaustivo para analizar las obligaciones del Estado miembro y, en su caso, para apreciar la eventual responsabilidad del Estado miembro. En este contexto es preciso remitirse a la sentencia Comisión/Alemania, [39] en la que el Tribunal de Justicia declaró que las medidas encaminadas a detectar un fuerte olor sexual de los cerdos machos no castrados han sido objeto de una armonización comunitaria.

2. Aplicación prioritaria del Derecho derivado

79. En contra de la posibilidad de invocar directamente las libertades fundamentales garantizadas en el Derecho primario cabría alegar el criterio, mantenido por el Tribunal de Justicia en reiterada jurisprudencia, conforme al cual una medida nacional en un ámbito que ha sido objeto de una armonización exhaustiva a escala comunitaria mediante una directiva debe apreciarse a la luz de las disposiciones de esta directiva y no de las del Derecho primario. [40] En este contexto, el Tribunal de Justicia también ha destacado que las directivas, al igual que todo el Derecho comunitario derivado, deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de mercancías.

80. A diferencia de su jurisprudencia anterior, el Tribunal de Justicia tiende últimamente a excluir expresamente no sólo la posibilidad de invocar los motivos de justificación del artículo 30 CE, anclados en el Derecho

39 — Sentencia de 12 de noviembre de 1998, Comisión/Alemania (citada en la nota 4), apartados 29 y 36.

40 — Sentencias de 5 de octubre de 1977, Tedeschi (5/77, Rec. p. 1555), apartado 35; de 30 de noviembre de 1983, Van Bennekom (227/82, Rec. p. 3883), apartado 35; de 12 de octubre de 1993, Vanacker und Lesage (C-37/92, Rec. p. I-4947), apartado 9; de 5 de octubre de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077), apartado 31; de 11 de julio de 1996, Bristol-Myers Squibb y otros (C-427/93, C-429/93 y C-436/93, Rec. p. I-3457), apartado 25; de 13 de diciembre de 2001, Daimler Chrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartado 32, y de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887), apartado 64.

primario, sino también el empleo del propio artículo 28 CE como parámetro de apreciación. [41] El Derecho derivado concreta el Derecho primario y, en esta medida, es el único parámetro por el que debe apreciarse la actuación de los Estados miembros. [42] Por ese motivo no es posible invocar un motivo de justificación. Esta jurisprudencia ha sido confirmada más recientemente mediante las sentencias Deutscher Apothekerverband, [43] Radlberger Getränkegesellschaft [44] y Denkavit. [45] [46]

81. En los asuntos dirimidos hasta la fecha se examinó la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario o se decidió si un determinado Estado miembro había cumplido las obligaciones que le imponía la correspondiente directiva. Sin embargo, no considero que puedan aplicarse al presente asunto las conclusiones a que ha llegado el Tribunal de Justicia de que la directiva es el único marco de referencia.

82. En el presente asunto, las Directivas que ha infringido la parte demandada se refieren únicamente a aspectos procedimentales de los controles veterinarios. Cuando una directiva se limita a regular detalles procedimentales, [47] entiendo que no puede presumirse que el legislador comunitario también haya querido, mediante dichas Directivas, configurar los derechos de los ciudadanos de la Unión y, de esta forma, privarles de la posibilidad de invocar los derechos a la libre circulación de mercancías que les confiere el artículo 28 CE.

83. Con la interpretación propuesta tampoco se corre el riesgo de eludir los requisitos impuestos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al derecho a reclamar la responsabilidad del Estado. En efecto, la infracción de las disposiciones de una Directiva que, por su carácter procedimental, no confiere derechos subjetivos, no desencadena *per se* el derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado. Al contrario, habrá que examinar atentamente si la infracción de dichas disposiciones procedimentales también da lugar a la violación de un derecho subjetivo del ciudadano de la Unión a acceder al mercado que le confiere el artículo 28 CE. En el presente procedimiento, incumbe al tribunal nacional llevar a cabo tal comprobación. Por tanto, en contra de lo que opina el Gobierno alemán, la infracción de una disposición de la Directiva no supone automáticamente la infracción del artículo 28 CE, de forma que los Estados miembros no corren el riesgo de incurrir en una responsabilidad inconmensurable.

41 — Sentencias Deutscher Apothekerverband (citada en la nota 40), apartado 65; de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Rec. p. I-11763), apartado 53, y de 13 de enero de 2005, Denkavit (C-145/02, Rec. p. I-51), apartado 22.

42 — Así lo entiende también Kingreen, T., en Calliess/Ruffert (editor.), *(loc. cit.* nota 35 *supra),* artículos 28 a 30, apartado 18, que opina que el Derecho secundario es «el medio en el que se lleva a cabo la determinación y la delimitación, decisiva para el ordenamiento jurídico de la Unión, de las libertades fundamentales garantizadas en derechos y obligaciones concretos y circunscritos».

43 — Sentencia Deutscher Apothekerverband (citada en la nota 40), apartado 65.

44 — Sentencia Radlberger Getränkegesellschaft (citada en la nota 41), apartado 53.

45 — Sentencia Denkavit (citada en la nota 41), apartado 22.

46 — Kingreen, T. *(loc. cit.* nota 35 *supra),* p. 151; el mismo autor, en Calliess/Ruffert (editores) *(loc. cit.* nota 18 *supra),* artículos 28 a 30, apartado 18, explica que el Tribunal de Justicia casi siempre trata la relación entre las libertades fundamentales y el Derecho comunitario derivado como el problema de la justificación de una restricción: a falta de competencia de los Estados miembros, no es posible invocar los motivos de justificación cuando el ámbito esté regulado por el Derecho derivado. Sin embargo, indica que, especialmente en su jurisprudencia más reciente, el Tribunal de Justicia también analiza dicha cuestión desde el punto de vista del ámbito de aplicación.

47 — Véase el punto 71 de estas conclusiones.

3. Conclusión

84. Por todo ello procede responder a la segunda cuestión prejudicial que los productores y distribuidores daneses de carne de porcino pueden invocar el artículo 28 CE para justificar una reclamación de responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario por violación de la libre circulación de mercancías. Sin embargo, incumbe a juez nacional comprobar si la infracción de las disposiciones de la Directiva que no confieren derechos subjetivos constituye una violación del derecho del ciudadano de la Unión a acceder al mercado que le confiere el artículo 28 CE.

D. *Cuestión previa a las cuestiones tercera y cuarta*

85. Tanto la tercera como la cuarta cuestión se refieren a los efectos del Derecho comunitario sobre las normas nacionales en materia de prescripción. Sin embargo, de la resolución de remisión [48] se desprende que el Bundesgerichtshof solicita que primero se responda a una cuestión previa, en concreto, a la cuestión de si los principios generales del Derecho comunitario de equivalencia y efectividad se oponen a aplicar el plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 852, apartado 1, del BGB, versión antigua.

48 — Resolución de remisión del Bundesgerichtshof de 12 de octubre de 2006, p. 20, apartado 24.

1. Competencia del legislador nacional

86. Hay que señalar, en primer lugar, que, a excepción del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia en el caso de responsabilidad extracontractual de las Comunidades, el Derecho comunitario no regula los aspectos relativos a la prescripción de acciones de responsabilidad.

87. Al contrario, de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia [49] se desprende que las consecuencias del perjuicio causado se han de reparar en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, 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.

88. Por ese motivo, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente que la fijación de plazos de caducidad para recurrir en materia tributaria [50] es competencia de los Estados

49 — Sentencia Francovich y otros (citada en la nota 5), apartados 37 y 42.

50 — Sentencias de 10 de julio de 1997, Palmisani (C-261/95, Rec. p. I-4025), apartados 27 y 28; de 17 de julio de 1997, Texaco y Olieselskabet Danmark (C-114/95 y C-115/95, Rec. p. I-4263), apartado 46; de 2 de diciembre de 1997, Fantask (C-188/95, Rec. p. I-6783), apartados 47 a 49, y de 15 de septiembre de 1998, Edis (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartados 33 y 34.

miembros. Por consiguiente, resulta lógico reconocer la competencia a los Estados miembros para determinar el plazo tras el cual prescribe el derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado, [51] independientemente de que en los ordenamientos jurídicos nacionales se regulen también los requisitos de recurso o de responsabilidad materiales o procesales. [52]

2. Requisitos de equivalencia y de efectividad

89. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que la fijación de plazos adecuados para interponer recursos constituye un supuesto de aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica, por lo que los plazos de caducidad y de prescripción son, en principio, compatibles con el Derecho comunitario siempre y cuando sus modos de aplicación se atengan a los principios de equivalencia y efectividad. [53]

90. Por principio de equivalencia se entiende, por una parte, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna. Por su parte, el principio de efectividad significa que dichas condiciones no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización. [54]

51 — En este sentido se manifiesta Pestalozza, C., «Roß und Reiter: Art. 34 GG und die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung», *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag,* Berlín 2000, p. 291, según el cual, cuando ni el Derecho comunitario ni el artículo 34 de la Ley Fundamental alemana proporcionan detalles sobre el derecho comunitario, se aplica el Derecho alemán con carácter complementario. Para ello se remite a las disposiciones civiles relativas a la concurrencia de culpa y a las disposiciones sobre la prescripción. Gellermann, en *EUV/EGV* (editado por Rudolf Streinz), Múnich 2003, tomo 57, artículo 288, apartado 56, opina que la cuestión de qué período debe transcurrir para que prescriba la acción de indemnización se rige por las correspondientes normas del Derecho nacional. En su opinión, no es posible recurrir al artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia porque, aunque es el Derecho comunitario el que confiere el derecho a reclamar la responsabilidad, la configuración concreta de tal derecho se deduce del Derecho nacional. Por tanto, se reserva a los Estados miembros la determinación de los plazos de prescripción, para lo cual únicamente deben atenerse a las exigencia del deber de eficiencia y de la prohibición de discriminación. En un sentido similar se manifiesta también Hidien, J. *(loc. cit.* nota 7 *supra),* p. 71. Según afirma Kischel, U. en «Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung zwischen Europarecht und nationaler Rechtsordnung», *Europarecht,* cuaderno 4, 2005, p. 450, los plazos de prescripción están incluidos en la autonomía procesal de los Estados miembros, y ello con independencia de si tales plazos tienen carácter procesal o material desde el punto de vista del Derecho nacional.

52 — Conforme al Derecho nacional, la caducidad y la prescripción se distinguen por sus efectos. En el caso de la caducidad, al concluir el plazo caduca el derecho; en cambio, la prescripción únicamente genera un derecho a denegar la prestación. La expiración de un plazo de caducidad ha de ser tenida en cuenta de oficio en el litigio, mientras que la del plazo de prescripción sólo se tiene en cuenta si se objeta como excepción. Mientras que la prescripción sólo afecta a acciones (artículo 194 del BGB), el plazo de caducidad también afecta a otros derechos, sobre todo a derechos de configuración, pero, excepcionalmente, también a acciones (véase Palandt/Heinrichs, H., *Bürgerliches Gesetzbuch,* 64ª ed., Múnich 2005, examen del artículo 194, apartado 13.

53 — Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5; Comet (45/76, Rec. p. 2043), apartados 13 y 16; Francovich y otros (citada en la nota 5), apartado 43; de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartados 14 y 15; Palmisani (citada en la nota 50), apartado 27; de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartado 45; de 22 de febrero de 2001, Camarotto y Vignone (C-52/99 y C-53/99, Rec. p. I-1395), apartados 28 y 30; de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297), apartado 29, y de 13 de julio de 2006, Manfredi (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartado 62. En este sentido también se manifiesta Von Bogdandy, A. en *Das Recht der Europäischen Union* (editado por Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), tomo I, Múnich 2007, artículo 10, apartados 48, 54 y 54a.

54 — Sentencias Francovich y otros (citada en la nota 5), apartados 41 a 43; Norbrook Laboratories (citada en la nota 9), apartado 111, y de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239), apartado 58.

91. En principio, el control concreto del cumplimiento de las condiciones mencionadas por una norma procesal nacional incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, a los que corresponde, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 10 CE, proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario. Si el juez nacional comprueba que la norma nacional no se atiene, desde este punto de vista, al Derecho comunitario, debe renunciar a aplicarla. [55]

92. No obstante, el control abstracto de las citadas condiciones corresponde al Tribunal de Justicia, que, en el marco de la remisión prejudicial efectuada con arreglo al artículo 234 CE, tiene la misión de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario. [56]

93. Por lo que se refiere a la garantía del principio de equivalencia, considero que nada cabe objetar a la fijación de un plazo de prescripción de tres años como el previsto en el artículo 852, apartado 1, del BGB, versión antigua, puesto que, según indica el órgano jurisdiccional nacional, aparentemente los asuntos relativos al Derecho comunitario reciben el mismo trato que los asuntos puramente nacionales.

94. Respecto a la garantía del deber de efectividad, no existen motivos para pensar que un plazo de tres años pueda dificultar o hacer imposible, en la práctica, el ejercicio de derechos conferidos por el Derecho comunitario, [57] sobre todo habida cuenta de que el Tribunal de Justicia, por una parte, afirma que, en principio, los plazos nacionales de caducidad y de prescripción son conformes con el Derecho comunitario y, por otra parte, en la sentencia Palmisani [58] llega incluso a declarar procedente, en el estado actual del Derecho comunitario, un plazo de caducidad de un año para ejercer la acción de indemnización. Lo mismo cabe decir respecto a plazos de caducidad o de prescripción de dos, [59] tres [60] o cinco años [61] para recursos destinados a la devolución de ingresos indebidos.

3. Conclusión

95. Por consiguiente, puede afirmarse que los principios del Derecho comunitario de equivalencia y efectividad no se oponen a la aplicación de un plazo de tres años, transcu-

55 — Así se pronunciaba ya el Abogado General Cosmas en las conclusiones que presentó el 23 de enero de 1997 en el asunto Palmisani (citado en la nota 50), punto 20.

56 — Véanse las conclusiones del Abogado General Cosmas en el asunto Palmisani (citado en la nota 50), punto 21, y la propia sentencia, apartado 33.

57 — La doctrina también mantiene este criterio. Véanse, en particular Gellermann *(loc. cit.* nota 7 *supra),* artículo 288, apartado 56; Hidien, J. *(loc. cit.* nota 7 *supra),* p. 72; Schwarzenegger, P., *Staatshaftung — Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht,* Viena 2001, p. 137; Ossenbühl, F., *Staatshaftungsrecht*, 5ª ed., Múnich 1998, p. 520, que consideran inobjetable desde el punto de vista del Derecho comunitario el plazo de prescripción de tres años. Véase, además, el trabajo *Draft Common Frame of Reference,* realizado por el *Study Group on a European Civil Code* y el de *Research Group on EC Private Law (Acquis Group),* que, en la parte III, apartado 7:201, prevé un plazo de prescripción ordinario de tres años (véase *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition* [editado por Christian von Bar y otros], Múnich 2008, p. 185).

58 — Sentencia Palmisani (citada en la nota 50).

59 — Sentencia Camarotto y Vignone (citada en la nota 53), apartado 30.

60 — Sentencia Edis (citada en la nota 50).

61 — Sentencias de 17 de julio de 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Rec. p. I-4085), apartado 49, y Fantask (citada en la nota 50), apartado 49.

rrido el cual prescribe el derecho conferido por el ordenamiento jurídico comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado.

E. *Sobre la tercera cuestión*

1. Pertinencia de la cuestión prejudicial

96. La tercera cuestión del Bundesgerichtshof tiene por objeto averiguar si la prescripción de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a consecuencia de la insuficiente adaptación del Derecho interno a una directiva se interrumpe o se suspende cuando la Comisión inicia un procedimiento por incumplimiento conforme al artículo 226 CE contra el Estado de que se trate, siendo así que en el Derecho nacional faltan mecanismos jurídicos efectivos para obligar al Estado miembro a adaptar el Derecho interno a la directiva.

97. De la resolución de remisión se desprende que el 27 de marzo de 1996 se inició contra Alemania un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE que concluyó mediante la sentencia de 12 de noviembre de 1998, que declaró el incumplimiento. Los perjudicados conocían ya desde 1993 las primeras consecuencias perjudiciales, pero no interpusieron la acción por responsabilidad hasta diciembre de 1999. Si, como supone el Bundesgerichtshof, se toma como base el plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 852, apartado 1, del BGB, versión antigua, [62] y se parte de que se conocían los hechos que hubieran permitido ejercitar la acción por responsabilidad, el Bundesgerichtshof entiende que el plazo de prescripción debía contarse a partir de mediados de 1996. [63] Por tanto, no cabe excluir la posibilidad de que haya prescrito el derecho a reclamar la responsabilidad. Por tanto, para dirimir el

62 — Según jurisprudencia reiterada, para garantizar no solo jurídicamente, sino también de hecho, la plena aplicación de las directivas, los Estados miembros deben establecer un marco legal preciso en el ámbito de que se trate mediante la adopción de disposiciones jurídicas que puedan crear una situación suficientemente precisa, clara y transparente para permitir a los particulares conocer sus derechos e invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (en este sentido, véanse, respecto a directivas, las sentencias de 28 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-360/87, Rec. p. I-791, apartado 12, y de 15 de junio de 1995, Comisión/Luxemburgo, C-220/94, Rec. p. I-1589, apartado 10; véanse, además, las sentencias de 18 de enero de 2001, Comisión/Italia, C-162/99, Rec. p. I-541, apartados 22 a 25, y de 6 de marzo de 2003, Comisión/Luxemburgo, C-478/01, Rec. p. I-2351, apartado 20). Como indiqué en las conclusiones que presenté el 13 de septiembre de 2007 en el asunto Comisión/Luxemburgo (sentencia de 19 de junio de 2008, C-319/06, Rec. p. I-4323), punto 75, este principio resulta *a fortiori* aplicable cuando el Derecho nacional del Estado miembro impone deberes a los particulares y amenaza con la imposición de sanciones para el caso de su trasgresión. Sin embargo, en mi opinión, la situación jurídica también debe ser clara respecto a las reglas de prescripción aplicables, para que un perjudicado a consecuencia de la actuación de un Estado miembro contraria al Derecho comunitario pueda hacer valer un derecho a invocar la responsabilidad del Estado, antes de que éste prescriba. El Bundesgerichtshof parte de la aplicabilidad del artículo 852, apartado 1, del BGB, versión antigua y, obviamente, también de que, conforme al Derecho alemán, son las disposiciones sobre la responsabilidad administrativa las que se aplican analógicamente al derecho conferido por el ordenamiento jurídico comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado, con su plazo de prescripción de tres años, y no, por ejemplo, los principios de la llamada «intervencion análoga a la expropiación», que prescribe a los treinta años. A este respecto se remite, en el apartado 23 de la resolución de remisión, a la doctrina dominante. Véase también Schulze, G., «Staatshaftung [Art. 288 EGV, § 839 BGB]», *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* [editado por Martin Gebauer/Thomas Wiedmann], Stuttgart 2005, capítulo 16, apartado 29, p. 649, que afirma la aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad de la administración en materia delictual.

63 — Véase la resolución de remisión del Bundesgerichtshof de 12 de octubre de 2006, apartados 33 y 42. El Bundesgerichtshof basa sus consideraciones en la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes relativa al cálculo de los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad así como en la opinión mayoritaria de la doctrina. Afirma que ya a mediados de 1996 cabía exigir razonablemente de la demandante que ejercitara la acción de indemnización y que, por tanto, el plazo se inició en ese momento. Por una parte, se basa en el conocimiento del perjudicado de las consecuencias lesivas (apartado 34), pero también, por otro lado, en el hecho de que los daños habían sido causado por una pluralidad de acciones repetidas y no por una única conducta prolongada en el tiempo (apartado 42).

procedimiento principal es pertinente la cuestión de si la interposición de un recurso por incumplimiento por parte de la Comisión tuvo alguna consecuencia sobre el curso del plazo de prescripción.

2. El procedimiento por incumplimiento como mecanismo de control objetivo de legalidad

98. En primer lugar es preciso recordar que, conforme a la sentencia Brasserie du Pêcheur, [64] para que se genere el derecho a reclamar la responsabilidad frente a un Estado miembro no es necesario que se haya declarado el correspondiente incumplimiento en un procedimiento conforme al artículo 226 CE.

99. Además, considero que la específica función del procedimiento por incumplimiento no permite atribuir al recurso por incumplimiento el efecto de suspender o interrumpir el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad. En efecto, a diferencia de lo que sucede con los procedimientos ante tribunales nacionales, el objetivo del procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE no es proteger intereses individuales sino procurar un control objetivo de legalidad [65] que faculte a la Comisión a actuar en interés general de la Comunidad frente a una infracción del Derecho comunitario objetivo por parte de los Estados miembros, sin que sea necesario que se hayan violado derechos propios de la Comisión o de los ciudadanos de la Unión. [66]

100. Dada su función de guardiana del Tratado, la Comisión es, por consiguiente, la única competente para decidir si es oportuno iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento, y debido a qué actuación u omisión imputable al Estado miembro afectado debe interponerse dicho procedimiento. [67] Esta facultad discrecional de la Comisión excluye el derecho de los particulares a exigirle que se pronuncie en determinado sentido. Con mayor motivo los particulares no pueden exigir que se incoe un procedimiento con arreglo al artículo 226 CE, ni mucho menos que se interponga un recurso ante el Tribunal de Justicia. Tampoco cabe la posibilidad de interponer un recurso directo con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto, contra su negativa a actuar. [68]

64 — Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame (citada en la nota 9), apartado 54.

65 — Cremer, W., en Calliess/Ruffert *(loc. cit.* nota 18 *supra),* artículo 226, apartado 2, p. 1979, habla de un «procedimiento de control jurídico objetivo». Lenaerts, K., «The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union», *Common Market Law Review,* 2007, cuaderno 6, p. 1636, recuerda que el procedimiento por infracción con arreglo al artículo 226 CE tiene por objeto una declaración del Tribunal de Justicia de que el comportamiento de un Estado miembro infringe el Derecho comunitario. Con buen criterio no se menciona la protección de intereses individuales como objetivo de este procedimiento.

66 — Sentencias de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359), apartado 15; de 10 de mayo de 1995, Comisión/Alemania (C-422/92, Rec. p. I-1097), apartado 16, y de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania (C-431/92, Rec. p. I-2189), apartado 21.
En este contexto, véanse las conclusiones que presenté el 28 de marzo de 2007 en el asunto Comisión/Alemania (C-503/04, Rec. p. I-6153), punto 55. Por ese motivo, es jurisprudencia reiterada (véanse las sentencias de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-33/04, Rec. p. I-10629, apartado 65; de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-333/99, Rec. p. I-1025, apartado 23; de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec. p. I-4713, apartados 14 y 15, y de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609, apartado 29) que, al ejercer las competencias que le confiere el artículo 226 CE, la Comisión no necesita probar su interés en ejercitar la acción. En efecto, por razón de sus competencias, le corresponde la misión, en interés general, de vigilar la ejecución del Derecho por parte de los Estados miembros y, en su caso, solicitar la declaración de incumplimiento de las obligaciones que se desprenden de ellas para que se ponga fin a dicho incumplimiento.

67 — Sentencia de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania (citada en la nota 66), apartado 22.

68 — Véanse las sentencias de 14 de febrero de 1989, Star Fruit/Comisión (247/87, Rec. p. 291), apartado 11; de 17 de mayo de 1990, Société nationale interprofessionnelle de la tomate y otros/Comisión (C-87/89, Rec. p. I-1981), apartado 6, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de enero de 1996, Koelman/Comisión (T-575/93, Rec. p. II-1), apartado 71.

101. Entiendo que la imposibilidad de los particulares de forzar jurídicamente la incoación de un procedimiento por incumplimiento y la consiguiente incertidumbre sobre este paso y sobre el momento en que tendrá lugar impiden vincular la suspensión o la interrupción de la prescripción a la interposición del recurso por incumplimiento por parte de la Comisión, puesto que la función de la suspensión de la prescripción a consecuencia de las acciones judiciales radica precisamente en impedir que el acreedor pierda su derecho por el transcurso del tiempo aunque ya lo haya hecho valer ante los tribunales. [69] No obstante, para que así suceda se requiere que el acreedor haya incoado efectivamente acciones judiciales. Pero si la interposición de un recurso por incumplimiento por parte de la Comisión no constituye una «acción judicial» en sentido estricto, porque, como se ha visto, no tiene por objeto la protección de intereses individuales, no se comprende por qué debería producir el efecto de suspender o de interrumpir la prescripción.

3. Inexistencia de necesidad de dar un trato privilegiado a la acción por responsabilidad del Estado

102. Considero irrelevante el hecho, apuntado por el tribunal nacional a este respecto, de que no exista un recurso nacional efectivo mediante el que los perjudicados puedan obligar al Estado miembro directamente, es decir, no a través de la vía de la responsabilidad del Estado, a eliminar la infracción que da lugar a dicha responsabilidad.

103. En efecto, en este contexto ha de tenerse en cuenta que, aunque los principios de equivalencia y de efectividad tengan por finalidad evitar que se discriminen situaciones reguladas por el Derecho comunitario, no exigen que éstas resulten privilegiadas en relación con las situaciones puramente nacionales. Reconocer al procedimiento de infracción efectos jurídicos en un procedimiento nacional equivaldría a privilegiarlo debido a la consiguiente suspensión o interrupción de la prescripción.

4. Conclusión

104. Por consiguiente procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los principios del Derecho comunitario relativos a la responsabilidad de los Estados miembros y el artículo 226 CE no exigen que la prescripción de la acción por responsabilidad del Estado conferida por el Derecho comunitario se interrumpa a consecuencia de la incoación de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE o quede en suspenso hasta que concluya dicho procedimiento.

69 — Según Palandt/Heinrichs, H. *(loc. cit.* nota 52 *supra),* artículo 204, apartado 1 y análisis del artículo 194, apartado 10, conforme al sentido y la finalidad de la prescripción, el acreedor debe tener la posibilidad de evitarla haciendo valer su derecho. Si no hace uso de esta posibilidad, la extinción del derecho que se produce con la prescripción está justificada.

F. *Sobre la cuarta cuestión*

1. Observaciones previas

105. Mediante la cuarta cuestión prejudicial se desea averiguar si el plazo de prescripción de una reclamación por responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario basada en la insuficiente adaptación del Derecho interno a una directiva, independientemente de lo establecido en el Derecho nacional aplicable, únicamente comienza con la completa adaptación a esa directiva, o, de acuerdo con el Derecho nacional, dicho plazo puede comenzar a computarse desde el mismo momento en que se produzcan las primeras secuelas perjudiciales y quepa prever nuevas secuelas. Si la completa adaptación determinara el comienzo del plazo de prescripción, el tribunal remitente pregunta si se aplica este criterio de forma general o sólo si la directiva confiere derechos a los particulares.

106. A falta de normativa aplicable para calcular los plazos de prescripción, se aplica el Derecho nacional, para lo cual habrá que atenerse tanto al principio de equivalencia como al de efectividad. En la resolución de remisión nada indica que el derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado reciba en Derecho alemán un trato distinto al de las correspondientes acciones de indemnización que sólo afecten a Derecho nacional. Por consiguiente, el examen concreto en cada caso sigue siendo competencia del órgano jurisdiccional nacional.

107. Por tanto, en el marco de la cuarta cuestión hay que comprobar principalmente si se cumple el requisito de efectividad. Consiguientemente, habrá que examinar si, de no fijarse el momento en que empieza a correr el plazo de prescripción en la fecha de la adaptación correcta del Derecho interno a una directiva, se hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de derechos individuales conferidos por el Derecho comunitario.

108. A excepción de la demandante en el procedimiento principal, parece que nadie de entre quienes han presentado observaciones mantiene esta opinión. Al contrario, predomina la opinión de que el Derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a regular los plazos de prescripción de forma que sólo comiencen a transcurrir en el momento de la adaptación correcta del Derecho interno a la directiva. Habida cuenta de la jurisprudencia mantenida hasta la fecha por el Tribunal de Justicia y de la comparación con la regla de prescripción contenida en el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia, considero preferible este último parecer.

2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

109. En recursos destinados a la devolución de exacciones recaudadas con infracción de una directiva, el Tribunal de Justicia ha declarado que también eran conformes con el Derecho comunitario plazos nacionales de caducidad que habían empezado a correr antes de la correcta adaptación a la respectiva Directiva. [70]

110. Es cierto que, en la sentencia Emmott, [71] el Tribunal de Justicia declaró que, hasta el momento de adaptación del Derecho interno a la directiva, el Estado miembro que incumple su obligación no puede proponer la extemporaneidad de una acción judicial ejercitada en su contra por un particular con el fin de proteger los derechos que le reconocen los preceptos de dicha directiva y que sólo a partir de ese momento puede empezar a correr un plazo para recurrir previsto en el Derecho nacional.

111. Sin embargo, en su jurisprudencia posterior, [72] el Tribunal de Justicia ha aclarado que la solución alcanzada en la sentencia Emmott estaba justificada por las circunstancias propias de dicho asunto, en las que la caducidad producía el efecto de privar absolutamente a la demandante en el asunto principal de la posibilidad de alegar su derecho a la igualdad de trato en virtud de una directiva comunitaria.

112. Además, de los autos no se desprende que, en el presente asunto, el comportamiento de las autoridades alemanas, junto con el plazo de prescripción controvertido del artículo 825, apartado 1, del BGB, versión antigua, haya producido el efecto, al igual que en el asunto Emmott, de privar absolutamente a la demandante en el asunto principal de la posibilidad de invocar sus derechos ante los tribunales nacionales.

70 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de septiembre de 1998, Spac (C-260/96, Rec. p. I-4997), apartado 32, en la que el Tribunal de Justicia declaró que, «en circunstancias como las del asunto principal, el Derecho comunitario no prohíbe que, frente a las acciones de devolución de tributos percibidos en contra de lo dispuesto en una Directiva, un Estado miembro invoque un plazo nacional de caducidad que empiece a correr a partir de la fecha de pago de los tributos de referencia, aun cuando, en esa fecha, el Derecho nacional todavía no hubiese sido adaptado correctamente a dicha Directiva».

71 — Sentencia de 25 de julio de 1991, Emmott (C-208/90, Rec. p. I-4269), apartados 21 a 24. Esta sentencia se fundamentó en la consideración de que, hasta que el Derecho nacional no se haya adaptado correctamente a la Directiva, los justiciables no pueden conocer sus derechos con toda plenitud. Por consiguiente, sólo una adecuada adaptación del Derecho interno a la Directiva pone fin a este estado de incertidumbre. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que un plazo para recurrir previsto en el Derecho nacional sólo puede empezar a correr a partir de ese momento.

72 — Sentencias de 15 de septiembre de 1998, Ansaldo Energia y otros (C-279/96, C-280/96 y C-281/96, Rec. p. I-5025), apartados 19 a 21; Spac (citada en la nota 70), apartados 27 a 32; Fantask (citada en la nota 50), apartados 50 a 52; Texaco y Olieselskabet Danmark (citada en la nota 50), apartado 48; Haahr Petroleum (citada en la nota 61), apartado 52; de 6 de diciembre de 1994, Johnson (C-410/92, Rec. p. I-5483), apartado 26, y de 27 de octubre de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Rec. p. I-5475), apartado 19.

3. Comparación con la regla de prescripción del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia

113. Los principios sobre los límites temporales a la posibilidad de hacer valer derechos derivados de la responsabilidad extracontractual de las Comunidades Europeas que reconoce el artículo 288 CE, párrafo segundo, parecen apoyar la tesis de que no viola el principio de efectividad el hecho de que el plazo de prescripción de la acción de la responsabilidad del Estado también empiece a correr antes de la adaptación correcta a la respectiva directiva. [73]

114. En efecto, en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios se ha reconocido que el plazo de prescripción establecido en el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia no puede empezar a contar antes de que se cumplan todos los requisitos a los que está supeditada la obligación de resarcimiento y, en especial, con respecto a los casos en que la responsabilidad resulte de un acto normativo, antes de que se hayan producido los efectos dañosos de dicho acto. [74] Para ello se basa en la fecha en la que el demandante tuvo conocimiento del hecho que originó el daño. [75]

115. Habida cuenta de lo anterior no cabe afirmar que determinar el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior a la completa adaptación del Derecho interno a la directiva haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de acciones de responsabilidad del Estado. Por consiguiente, en su estado actual, el Derecho comunitario no exige que dicho plazo no pueda comenzar a correr hasta que la completa adaptación del Derecho interno a la directiva. Al contrario, el Derecho nacional sigue siendo competente para determinar el momento exacto en que comienza el plazo de prescripción. [76]

73 — Opino que es legítimo tener en cuenta los principios de responsabilidad extracontractual también en materia de determinación de los plazos de prescripción, puesto que el Tribunal de Justicia, al configurar la institución jurídica comunitaria de la responsabilidad del Estado se ha basado en ellos (véase Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *loc. cit.*. nota 7 *supra).* Tanto la responsabilidad de la Comunidad como la responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario llevan el sello jurisprudencial y han sido desarrolladas de forma paralela por el Tribunal de Justicia. Del paralelismo funcional de ambos regímenes de responsabilidad se desprende necesariamente que han de apreciarse aplicando criterios idénticos, sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros al configurar conforme al Derecho nacional la responsabilidad del Estado impuesta por el ordenamiento jurídico comunitario. Así, en la concreción de los requisitos materiales de ambas, dicho paralelismo ha dado lugar a influencias mutuas de ambas líneas jurisprudenciales (en este sentido, véase también Schulze, G., *loc. cit.* nota 62 *supra,* capítulo 16, apartados 2 y 3, p. 638).

74 — Véanse las sentencias de 27 de enero de 1982, Birra Wührer y otros/Consejo y Comisión (256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, Rec. p. 85), apartado 10, y De Franceschi/Consejo y Comisión (51/81, Rec. p. 117), apartado 10, según las cuales, en el recurso de responsabilidad contra la Comunidad, el plazo de prescripción no puede comenzar a transcurrir antes de que concurran todos los requisitos a los que se supedita la obligación de indemnizar y, en particular, se haya concretado el daño indemnizable, así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 16 de abril de 1997, Hartmann/Consejo y Comisión (T-20/94, Rec. p. II-595), apartado 107, y de 9 de diciembre de 1997, Quiller y Heusmann (T-195/94 y T-202/94, Rec. p. II-2247), apartado 114. Véanse, además, las conclusiones que presentó la Abogado General Sharpston el 22 de noviembre de 2007, en el asunto Comisión/Cantina sociale di Dolianova (sentencia de 17 de julio de 2008, C-51/05 P, Rec. p. I-5341), punto 94. Según Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union,* Múnich 2003, artículo 9, apartado 57, p. 202, el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual no comienza a correr hasta que concurran todos los requisitos a los que se supedita la obligación de indemnización y, en particular, el de que se haya concretado el daño que ha de indemnizarse. A este respecto, es determinante el momento en el que el demandante tuvo conocimiento del hecho que originó el daño.

75 — Véase la sentencia de 7 de noviembre de 1985, Adams (145/83, Rec. p. 3539), apartados 50 y 51.

76 — En este sentido véase también Schwarzenegger, P., *loc. cit.* nota 57 *supra,* p. 137, según el cual incumbe al Derecho nacional determinar el momento en que comienza la prescripción.

116. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, no es preciso analizar la segunda parte de esta cuestión prejudicial.

4. Conclusión

117. Por todo ello procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que, en el estado actual del Derecho comunitario, éste no exige en todos los casos que el plazo de prescripción de una reclamación por responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario basada en la insuficiente adaptación del Derecho interno a una directiva y la consiguiente prohibición (de hecho) de importación, independientemente de lo establecido en el Derecho nacional aplicable, comience a correr únicamente con la completa adaptación a esa directiva.

G. *Sobre la quinta cuestión*

1. Existencia de una obligación de evitar el daño a cargo del afectado

118. Mediante la quinta cuestión prejudicial se pregunta, en primer lugar, si cabe excluir toda reclamación de la demandante con arreglo al artículo 839, apartado 3, del BGB, porque ésta, deliberada o negligentemente, no había evitado el perjuicio mediante el ejercicio de una acción judicial y si la eventual invocación de dicho artículo viola los principios de equivalencia y de efectividad.

119. Como aclaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Brasserie du Pêcheur, [77] para determinar el perjuicio indemnizable, el juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían.

120. Remitiéndose a la sentencia Mulder y otros, el Tribunal de Justicia declaró, además, que según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere

77 — Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame (citada en la nota 9), apartado 84.

correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola. [78]

121. Por tanto, el Tribunal de Justicia reconoce que, para apreciar la reclamación de indemnización, posiblemente haya de tenerse en cuenta si el perjudicado ha adoptado una diligencia razonable para evitar el perjuicio y si ha hecho uso a su debido tiempo de todos los medios de tutela jurídica disponibles. Como señala acertadamente el Bundesgerichtshof en el apartado 49 de la resolución de remisión, el Tribunal de Justicia no sólo ha contemplado la aminoración del derecho a ser indemnizado al existir una responsabilidad concurrente, sino también el supuesto de una pérdida completa del derecho a reclamarla.

122. Sin embargo, de dicha jurisprudencia no se deduce forzosamente que la pasividad del perjudicado que no reclama la primera tutela judicial posible con el fin de protegerse de los perjuicios causados por el Estado produzca el efecto de excluir de manera general el derecho a reclamarla, como sucede en Derecho alemán. Al contrario, dicha posibilidad sólo podrá contemplarse de manera excepcional, mientras que, en general, el incumplimiento culposo de la obligación de evitar los daños sólo producirá el efecto de aminorar el derecho a ser indemnizado. [79]

123. A favor de esta tesis también se encuentra el hecho de que la obligación de aminorar el daño está reconocida asimismo en el marco de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo, y que su inobservancia da lugar a la aminoración o incluso a la completa exclusión del derecho a obtener una indemnización, dependiendo del alcance de la responsabilidad concurrente. [80]

124. En principio, nada cabe objetar a la efectividad en relación con las acciones de responsabilidad del Estado si al interpretar y aplicar el Derecho nacional se tienen en cuenta estos principios del Derecho comunitario y además de la pérdida completa del derecho, también se permite la reducción del derecho a reclamar la indemnización. Respecto al principio de equivalencia, la aplicación del artículo 839, apartado 3, del BGB tampoco plantea problemas, puesto que

78 — Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame (citada en la nota 9), apartado 85, que se remite a la sentencia de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros/Consejo y Comisión (C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061), apartado 33.

79 — En este sentido se manifiesta, por ejemplo, Hatje, A., «Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht», *Europarecht,* cuaderno 3, 1997, p. 305, que parte del dogma de que la pasividad del perjudicado que no reclama la primera tutela judicial posible con el fin de protegerse de los perjuicios causados por el Estado no produce, en principio, el efecto de excluir el derecho a reclamarla, y sólo influye en la magnitud del derecho a la indemnización. En un sentido similar también se pronuncia Beljin, S. *(loc. cit.* nota 33 *supra),* p. 67, que no cree que el Tribunal de Justicia otorgue tanta relevancia a la responsabilidad propia como la que le atribuye el Derecho alemán. Opina que el Tribunal de Justicia parte de la existencia de un principio general del Derecho comunitario, con contenido jurídico-comunitario, por lo que no se aplican todas las reglas de los artículos 254 y 839, apartado 3, del BGB, sino únicamente en la medida en que se correspondan con el principio general del Derecho comunitario.

80 — Véase la sentencia Adams (citada en la nota 75), apartado 53. Véase asimismo Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M. *(loc. cit.* nota 74 *supra),* artículo 9, apartados 55 y 56, p. 201.

los correspondientes derechos nacionales a reclamar la responsabilidad de la Administración se entienden sin perjuicio de la primacía de la primera tutela judicial posible.

125. Por consiguiente, el Derecho comunitario no se opone, en principio, a la aplicación de una norma nacional que, como el artículo 839, apartado 3, del BGB, excluye la responsabilidad en el caso de que no se hayan ejercido, por dolo o negligencia, las acciones que dan acceso a la primera tutela judicial posible. [81]

81 — En el mismo sentido se manifiesta Gellermann *(loc. cit.* nota 7 *supra),* artículo 288, apartado 54. Berg, W. *(loc. cit.* nota 15 *supra),* artículo 288, apartado 93, p. 2308, opina que, por ese motivo, en el caso de disposiciones del Derecho comunitario directamente aplicables, el interesado siempre debe intentar primero conseguir por vía judicial la aplicación de dichas normas cuando la Administración le deniega sus derechos. Sólo si no obtiene satisfacción podrá interponer acciones por responsabilidad. De no ser así tendría derecho a ser indemnizado únicamente por los daños que hubiera sufrido durante el procedimiento judicial. En principio, la primacía de la primera tutela judicial posible también se aplica a acciones de indemnización de daños ocasionados por la acción o la omisión del legislador. En opinión de Papier, H.-J., «Staatshaftung bei der Verletzung von Gemeinschaftsrecht», *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band 1, Allgemeines Umweltrecht,* Colonia 1998, apartado 44, p. 1470, nada indica que el principio jurídico-administrativo de primacía de la primera tutela judicial posible recogido en el artículo 839, apartado 3, del BGB no sea aplicable a supuestos de infracción del Derecho comunitario en incumplimiento del deber administrativo. La institución jurídico-comunitaria de la responsabilidad desarrollada por el Tribunal de Justicia deja en manos del correspondiente Estado miembro eliminar, en el marco de la normativa nacional en materia de responsabilidad, las consecuencias de la infracción del Derecho comunitario que sea imputable al respectivo Estado miembro. Von Danwitz, T., «Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht — Zu den europarechtlichen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt,* 1998, p. 425, nota 40, opina que deben seguir siendo conformes a Derecho las limitaciones de la responsabilidad por razón de la obligación de minimizar o de evitar el daño. A este respecto se remite a las conclusiones presentadas por el Abogado General Tesauro el 28 de noviembre de 1995 en el asunto Brasserie du Pêcheur y Factortame (sentencia citada en la nota 9), puntos 98, 99 y 104, especialmente nota 104, en el que éste se remite expresamente al artículo 839, apartado 3, del BGB. Dörr, C., «Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», *Deutsches Verwaltungsblatt,* 2006, p. 603, señala que la Sala Tercera de lo Civil del Bundesgerichtshofs no puso ninguna objeción de principio a aplicar al derecho comunitario a reclamar la responsabilidad del Estado los criterios jurídicos en que se basan los artículos 254 y 839, apartado 3, del BGB, relativos a la responsabilidad compartida y a la necesidad de evitar los posibles daños ejerciendo una acción judicial.

2. Exigibilidad de recabar la primera tutela judicial posible

126. El resultado al que se llega es el mismo tras analizar la sentencia Metallgesellschaft, [82] que únicamente se atiene a las particularidades del caso concreto y en la que, esencialmente, el Tribunal de Justicia precisó su jurisprudencia en el sentido de aclarar que no puede exigirse del interesado que interponga recursos mediante los que no va a obtener satisfacción de sus intereses.

127. Entiendo que la sentencia Metallgesellschaft completa la sentencia Brasserie du Pêcheur al incorporar el elemento de la «primacía de la primera tutela judicial posible». En esta medida, refleja el acertado criterio, alegado por los Gobiernos alemán [83] y checo [84] y por la demandante, [85] conforme al cual, en interés de la efectividad no puede exigirse del perjudicado que haga uso de todas las acciones de que disponga independientemente de que el ejercicio de tales acciones sea aconsejable desde el punto de vista de las circunstancias del asunto o no.

82 — En la sentencia de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 106, el Tribunal de Justicia declaró que el ejercicio de los derechos que las disposiciones de Derecho comunitario directamente aplicables confieren a los particulares sería imposible o excesivamente difícil si sus acciones de restitución o de indemnización basadas en la violación del Derecho comunitario se desestimaran o redujeran simplemente porque los particulares no habían solicitado disfrutar de la ventaja fiscal que la ley nacional les denegaba, para oponerse a la negativa de la administración tributaria mediante la utilización de los cauces jurídicos establecidos al efecto, invocando la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario. Esta declaración se debe a que, en ese asunto, un recurso alternativo de las demandantes del procedimiento principal no habría permitido a las demandantes evitar o limitar los daños.

83 — Observaciones escritas del Gobierno alemán, apartado 185.

84 — Observaciones escritas del Gobierno checo, apartado 38.

85 — Observaciones escritas de la demandante en el procedimiento principal, apartado 275.

3. Exigibilidad en caso de necesidad de planteamiento de una cuestión prejudicial o de litispendencia de un procedimiento por incumplimiento

128. La cuestión más amplia de si no cabe exigir al afectado que haga uso de las acciones que le dan acceso a la primera tutela judicial posible cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no pueda previsiblemente responder a las cuestiones de Derecho comunitario sin remitirlas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE, o si ya hay pendiente un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, debe responderse a la luz de las consideraciones que he efectuado a propósito de la tercera cuestión prejudicial.

129. Como ya he indicado, [86] debido a la específica función de control objetivo de legalidad en interés general que tiene el procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, no es posible considerar que dicho procedimiento confiera «tutela judicial» en sentido estricto. [87] Por consiguiente, ni la presentación de una denuncia ante la Comisión ni la interposición por ésta de un recurso por incumplimiento pueden sustituir el ejercicio de las acciones que dan acceso a la primera tutela judicial posible. Por lo tanto, cabe exigir del perjudicado que ejerza dichas acciones aun cuando esté pendiente un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE.

130. En el caso del ejercicio de las acciones que dan acceso a la primera tutela judicial posible cuando se prevea la presentación de una cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional con arreglo al artículo 234 CE se impone una apreciación diferenciada. En ese supuesto se suscitará, en general, la cuestión de la pertinencia de la remisión prejudicial en el marco de un procedimiento a nivel nacional, destinado a conferir la primera tutela judicial posible. Sin embargo, la efectividad de dicha tutela judicial no resulta menoscabada por el hecho de que el tribunal nacional pueda solicitar al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial. Entiendo que más bien sucede lo contrario. En efecto, el procedimiento establecido por el artículo 234 CE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para la solución del litigio que deban dirimir. [88]

131. A ello hay que añadir que, aparte de su función de garantizar la seguridad jurídica, el procedimiento prejudicial tiene una importancia extraordinaria en la tutela de los derechos individuales, puesto que garantiza el efecto útil de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares. [89] Los principios estructurales

86 — Puntos 98 a 101 de estas conclusiones.

87 — Preiß-Jankowski, M., «Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung im Lichte des Bonner Grundgesetzes und des Subsidiaritätsprinzips», *Juristische Schriftenreihe*, tomo 94, Bremen 1997, p. 88, señala que la efectividad de la tutela judicial del ciudadano obliga incluso a renunciar a una sentencia expresa declaratoria del incumplimiento. En efecto, en primer lugar, los particulares no pueden instar la incoación de tal procedimiento y, en segundo lugar, dilataría considerablemente el procedimiento de indemnización.

88 — Véanse, en particular, las sentencias de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 22, y de 5 de febrero de 2004, Schneider (C-380/01, Rec. p. I-1389), apartado 20.

89 — Wegener, B., en Callies/Ruffert *(loc. cit.* nota 7 *supra)*, artículo. 234, apartado 1.

básicos de primacía y de eficacia directa del Derecho comunitario y la responsabilidad del Estado con arreglo al Derecho comunitario, de que se trata en el procedimiento principal, se desarrollaron a raíz de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales. Por tanto, hay que convenir con los Gobiernos polaco y checo en que la probabilidad de que se plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia no basta por sí sola para llegar a la conclusión de que no cabe exigir que se ejerza determinada acción.

VII. Conclusión

132. Basándome en las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof:

«1) Las disposiciones del artículo 5, apartado 1, letra o), y del artículo 6, apartado 1, letra b), inciso iii), de la Directiva 64/433/CEE, en la versión de la Directiva 91/497/CEE, en relación con el artículo 5, apartado 1, el artículo 7 y el artículo 8 de la Directiva 89/662/CEE no confieren una posición jurídica a los productores y distribuidores de carne de porcino que les permita reclamar responsabilidades al Estado en caso de una adaptación errónea del Derecho interno o una aplicación incorrecta del Derecho comunitario.

2) Los productores y distribuidores daneses de carne de porcino pueden invocar el artículo 28 CE para justificar una reclamación de responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario por violación de la libre circulación de mercancías. Sin embargo, incumbe al juez nacional comprobar si la infracción de las disposiciones de la Directiva que no confieren derechos subjetivos constituye una violación del derecho del ciudadano de la Unión a acceder al mercado que le confiere el artículo 28 CE.

3) Los principios del Derecho comunitario relativos a la responsabilidad de los Estados miembros y el artículo 226 CE no exigen que la prescripción de la acción por responsabilidad del Estado conferida por el Derecho comunitario se interrumpa a consecuencia de la incoación de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE o quede en suspenso hasta que concluya dicho procedimiento.

4) En el estado actual del Derecho comunitario, éste no exige en todos los casos que el plazo de prescripción de una reclamación por responsabilidad del Estado conforme al Derecho comunitario basada en la insuficiente adaptación del Derecho interno a una directiva y la consiguiente prohibición (de hecho) de importación, independientemente de lo establecido en el Derecho nacional aplicable, comience a correr únicamente con la completa adaptación a esa directiva.

5) El Derecho comunitario no se opone a una norma nacional conforme a la cual un particular no puede reclamar la indemnización del daño sufrido si, deliberada o negligentemente, el perjudicado no ha evitado el perjuicio mediante el ejercicio de una acción judicial alternativa aunque, en el marco de dicha acción, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no pueda previsiblemente responder a las cuestiones de Derecho comunitario sin remitirlas al Tribunal de Justicia o ya haya pendiente un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE.»