

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR VIOLACION DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO: ULTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJCE (1)

(A propósito de las Sentencias
Brasserie du Pêcheur-Factortame,
British Telecommunications, *Hedley Lomas*,
Dillenkofer, *Denkavit*, *Bonifaci-Berto*,
Palmisani, *Maso-Gazzetta*, etc.)

Por

BERNARD-FRANK MACERA

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho Administrativo (Universidad de Valladolid)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LUCES DE LA JURISPRUDENCIA: UNA RATIFICACIÓN ACLARATORIA DE LA MAYORÍA DE LOS PUNTOS DE LA SENTENCIA *FRANCOVICH Y BONIFACI* (1991): 1. *Identificación y definición del fundamento normativo del derecho al resarcimiento*. 2. *Admisión de la responsabilidad del «Estado legislador»*. 3. *Reconocimiento de la versión objetiva de la responsabilidad*.—III. SOMBRAS DE LA JURISPRUDENCIA: UNA INTERPRETACIÓN OSCURECEDORA DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL SUPUESTO DEL EJERCICIO DE COMPETENCIAS DISCRECIONALES: 1. *El margen de apreciación de las autoridades nacionales*. 2. *La intensidad del incumplimiento del ordenamiento comunitario*.

I. INTRODUCCIÓN

Como cualquier construcción pretoriana inacabada (2), la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea viene edificando desde

(1) El presente trabajo constituye la versión actualizada y desarrollada de una comunicación que presentamos en el III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo (*La responsabilidad civil de la Administración pública*), celebrado en Valladolid del 16 al 18 de octubre de 1997 y coordinado por JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ y ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ. Dicha comunicación se publicará próximamente en un volumen preparado por la Editorial Marcial Pons.

La enumeración de los artículos utilizada aquí es la que contiene el Tratado de la Comunidad Europea actualmente vigente. La nueva enumeración introducida por el Tratado de Amsterdam se menciona en notas.

(2) Sobre el carácter inacabado de esta doctrina jurisprudencial, vid., por ejemplo, N. PECCHIOI, *La Corte di Giustizia chiude il cerchio: una nuova pronuncia in materia di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 1997, pág. 113.

hace algunos años en materia de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del ordenamiento comunitario arroja un balance contrastado (3). Quizá sea demasiado temprano para realizar una valoración completa y definitiva de esta jurisprudencia «de segunda generación» (4), pero ya pueden vislumbrarse las líneas directrices y el hilo conductor del futuro régimen europeo de responsabilidad. Por ello, nos ha parecido interesante analizar una serie de Sentencias dictadas entre 1996 y 1998 (5)

(3) Sobre la evolución de esta jurisprudencia, vid. D. SIMON y A. BARAV, *La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire*, «Revue du Marché Commun», núm. 305, marzo 1987, págs. 165 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción al Derecho comunitario*, «Gaceta Jurídica de la CEE», febrero 1989, págs. 2 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho comunitario europeo*, «Gaceta Jurídica de la CEE», abril 1989, págs. 3 y ss. Más recientemente, vid. F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 1/1992, págs. 36 y ss.; G. TESSAURO, *La sanción de las infracciones al derecho comunitario*, «Noticias CEE», núm. 100, mayo 1993, págs. 112 y ss.; F. CAPELLI, *Responsabilità extra-contractuale della Comunità europea e ricorsi per ottenere il risarcimento dei danni secondo l'art. 215 del Trattato Ce: valutazioni critiche e proposte di riforma*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 1996, págs. 875 y ss.; J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *El principio de responsabilidad del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario. Evolución jurisprudencial reciente*, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 2/1996, págs. 505 y ss.; B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares en el ordenamiento comunitario: la responsabilidad del Estado por violaciones del Derecho comunitario*, «La Ley», núm. 4053, junio 1996, págs. 9 y ss.; T. QUINTANA LÓPEZ, *La responsabilidad del Estado por daños a particulares generados por violación del Derecho comunitario*, «La Ley», núm. 4076, julio 1996, págs. 14 y ss.; R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Ed. Civitas, Madrid, 1997; de nuevo, F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, «Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali», 1997, págs. 52 y ss.

(4) D. SIMON, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique (Glissements progressifs ou révolution tranquille?)*, «Actualité Juridique de Droit Administratif», núm. 4/1993, pág. 236.

(5) Nos referiremos esencialmente a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contra República Federal de Alemania y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros* (en adelante, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*; asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93; Recopilación TJCE 1996-3, págs. 1029 y ss.); de 7 de marzo de 1996, *El Corte Inglés, S.A., contra Cristina Blázquez Rivero* (en adelante, *El Corte Inglés*; asunto C-192/94; Recopilación TJCE 1996-3, págs. 1281 y ss.); de 26 de marzo de 1996, *The Queen contra H. M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc* (en adelante, *British Telecommunications*; asunto C-392/93; Recopilación TJCE 1996-3, págs. 1631 y ss.); de 23 de mayo de 1996, *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.* (en adelante, *Hedley Lomas*; asunto C-5/94; Recopilación TJCE 1996-4/5, págs. 2553 y ss.); de 8 de octubre de 1996, *Erich Dillenkofer y otros contra Bundesrepublik Deutschland* (en adelante, *Dillenkofer*; asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94; Recopilación TJCE 1996-10, págs. 4845 y ss.); de 17 de octubre de 1996, *Denkavit International BV y otros contra Bundesamt für Finanzen* (en adelante, *Denkavit*; asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94; Recopilación TJCE 1996-10, págs. 5063 y ss.); de 22 de abril de 1997, *The Queen contra Secretary of State for Social Security, ex parte: Eunice Sutton* (en adelante, *Eunice Sutton*; asunto C-66/95; Recopilación TJCE 1997-4, págs. 2163 y ss.); de 10 de julio de 1997, *Danila Bonifaci y otros y Wanda Berto y otros contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* (en adelante, *Bonifaci y Berto*; asuntos acumulados C-94/95 y C-95/95; Recopilación TJCE 1997-7, págs. 3969 y ss.), *Rosalba Palmisani contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* (en adelante, *Palmisani*; asunto C-261/95; Recopilación TJCE 1997-7, págs. 4025 y ss.), *Federica Maso y*

que, con toda evidencia, pretenden conformar la columna vertebral de lo que ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como «*un principio inherente al sistema del Tratado*» (6): la regla según la cual los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que hayan sufrido como consecuencia de una violación del Derecho comunitario imputable a las autoridades nacionales (7).

No pretendemos abordar aquí todos y cada uno de los aspectos involucrados en este amplio tema; son demasiado numerosos como para ser tratados en un estudio como el presente. Con arreglo a la premisa con la que inaugurábamos líneas atrás dicho estudio, nos proponemos tan sólo poner de relieve algunos puntos de interés; más precisamente, las luces (II) y las sombras (III) de esta jurisprudencia.

II. LUCES DE LA JURISPRUDENCIA: UNA RATIFICACIÓN ACLARATORIA DE LA MAYORÍA DE LOS PUNTOS DE LA SENTENCIA *FRANCOVICH Y BONIFACI* (1991)

Como bien es sabido, la materia prima de la teoría de la responsabilidad en Derecho comunitario nos la proporciona la Sentencia *Francoovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991 (8). Pero se trata de una materia bru-

otros y Graziano Gazzetta y otros contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) y Repubblica italiana (en adelante, *Maso y Gazzetta*; asunto C-373/95; Recopilación TJCE 1997-7, págs. 4051 y ss.), y de 25 de junio de 1998, *Rechberger y otros contra República de Austria* (en adelante, *Rechberger*; asunto C-140/97; todavía sin publicar).

(6) Vid. las Sentencias de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* (punto 20); de 17 de octubre de 1996, *Denkavit* (punto 47); de 22 de abril de 1997, *Eunice Sutton* (punto 31), y de 10 de julio de 1997, *Maso y Gazzetta* (punto 34), *Palmisani* (punto 24) y *Bonifaci y Berto* (punto 46). El plazo transcurrido entre la recepción de los autos enviados por los Tribunales internos y la emisión de las Sentencias aquí analizadas (que es muy superior al plazo normal de resolución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) demuestra que el juez comunitario pretendía aportar una solución meditada y, con ello, elevar el contenido de sus pronunciamientos al rango de teoría general del sistema europeo de responsabilidad. Vid., sobre este aspecto, D. SIMON, *La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire*, «Actualité Juridique de Droit Administratif», núms. 7-8/1996, pág. 489.

(7) La violación del ordenamiento comunitario puede consistir en una acción (por ejemplo, aprobar una ley contraria al Tratado, como en el asunto *Brasserie du Pêcheur*) o en una omisión (v. gr., no transponer o transponer de manera deficiente o tardía una directiva, como en los asuntos *Dillenkofer* y *Rechberger*). Ténganse presentes en este sentido las conclusiones del Abogado General MAYRAS relativas a la Sentencia de 8 de febrero de 1973, *Commission contre Italie* (asunto 69/72; Recopilación TJCE 1973, págs. 117 y ss.), y las conclusiones del Abogado General COSMAS relativas al asunto *Bonifaci y Berto* (punto 39).

(8) Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Recopilación TJCE 1991-9, págs. 5357 y ss. Entre los numerosos trabajos dedicados a este pronunciamiento jurisprudencial, vid., entre otros, A. CAMPESAN y A. DEL FERRO, *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza dal diritto comunitario alla luce della sentenza Francoovich*, «Rivista di Diritto Europeo», 1992, págs. 313 y ss. Vid., también, A. CARNELUTTI, *L'arrêt Francoovich-Bonifaci. L'obligation des Etats membres de réparer les dommages causés par les violations du droit communautaire*, «Revue du Marché Unique Européen», 1992, págs. 187 y ss.; L. DUBOIS, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire (décision de la Cour de justice des Communautés européennes, 19 novembre 1991, Francoovich et Bonifaci, aff. jointes C-6/90 et C-9/90)*, «Revue Française de Droit Administratif», núm. 1/1992, págs. 1 y ss.; P. DUFFY,

ta, sin refinar, que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tenido que pulir y depurar. El resultado de esta labor de retoque presenta numerosas facetas que, sin lugar a dudas, pueden considerarse logradas.

1. *Identificación y definición del fundamento normativo del derecho al resarcimiento*

El primer mérito de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Luxemburgo es el de enfrentarse a un problema teórico que trasciende a todo el sistema de responsabilidad: la identificación y definición del fundamento normativo del derecho a reparación.

Inicialmente, la doctrina especializada consideraba, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que la responsabilidad de los Estados miembros dependía de la declaración previa de un incumplimiento o del efecto directo de la norma vulnerada (9). Pues bien, culminando una línea de razonamiento tempranamente abierta en la Sentencia *Francovich* y *Bonifaci*, el juez comunitario descarta explícitamente esta tesis; la base jurídica de la responsabilidad de los Estados miembros por violación del ordenamiento comunitario reside exclusivamente en el principio de primacía de este ordenamiento (10). Dicho sea

Damages against the State: a new remedy for failure to implement Community obligations, «European Law Review», 1992, págs. 181 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *La formación de un Derecho común de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el sistema comunitario europeo (la Sentencia Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea)*, «Estudios de Jurisprudencia (Revista Colex)», núm. 1, junio 1992, págs. 32 y ss.; H. SMITH, *The Francovich Case: State liability and the individual's right to damages*, «European Competition Law Review», 1992, págs. 129 y ss.; F. M. DI MAJO, *Efficacia diretta delle direttive inattuato: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive*, «Rivista di Diritto Europeo», 1994, págs. 501 y ss.; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario: il caso Gabrielli*, «Rivista di Diritto Internazionale», 1994, págs. 617 y ss.; R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad...*, cit., págs. 17 y ss.

Con anterioridad a esta Sentencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se había pronunciado en diversas ocasiones sobre la posibilidad de que los particulares obtuvieran reparación por los perjuicios sufridos como consecuencia de un incumplimiento estatal del Derecho comunitario. Pero, como explica L. DUBOIS (*ibid.*, pág. 4), el juez comunitario nunca llegó a adoptar una posición clara hasta 1991. Vid., sobre este punto, D. SIMON, *Droit...*, cit., págs. 235 y ss. Vid., también, M. WATHELET y S. VAN RAEPENBUSCH, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'Etat sur celle de la Communauté ou l'inverse?*, «Cahiers de Droit Européen», núms. 1-2/1997, págs. 15 y ss.

(9) Vid. la Sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen* (asunto 45/76; *Recopilación TJCE* 1976-5, págs. 2043 y ss.). Más recientemente, ténganse en cuenta las Sentencias de 13 de julio de 1989, *Enichem Base* (asunto C-380/87; *Recopilación TJCE* 1989-7, págs. 2491 y ss.), y de 12 de julio de 1990, *Foster* (asunto C-188/89; *Recopilación TJCE* 1990-7, págs. 3313 y ss.).

(10) Vid. C. BERTRAND, *La responsabilité des Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires*, «Revue de Droit Public et de la Science Politique et de France et à l'Etranger», núm. 3/1994, págs. 1510 y ss. Vid., también, N. DANTONEL-COR, *La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 3/1995, págs. 484-485.

con otros términos, la responsabilidad de los Poderes públicos internos no descansa en una característica intrínseca de la norma en cuestión, ni tampoco está condicionada por la constatación de una «ilegalidad» en vía jurisdiccional (11) —art. 169 del Tratado de la Comunidad Europea (12)—, sino que constituye el corolario necesario del deber de los Estados miembros de aprobar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del (...) Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad» —art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea (13)—.

Las consecuencias de tal pronunciamiento son de indudable relevancia en el terreno de la tutela jurisdiccional de los derechos reconocidos por el Tratado. Sin pretensión de exhaustividad, se puede deducir de la jurisprudencia reciente, por ejemplo, que no importa que la norma vulnerada tenga o no efecto directo para que pueda generarse la obligación de reparar los daños producidos (14). Del mismo modo, cabe considerar que para iniciar un procedimiento destinado a hacer valer sus derechos de resarcimiento patrimonial, los particulares no tienen por qué esperar a que la Comisión Europea decida interponer un recurso contra el Estado miembro en cuestión, ni a que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia en la que se declare el incumplimiento del ordenamiento comunitario (15).

2. Admisión de la responsabilidad del «Estado legislador»

Otra de las cuestiones que no encontraba una respuesta clara y definitiva era la de saber si la reparación podía exigirse en los supuestos en que

(11) Téngase presente la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (puntos 94 y ss.). Vid. en idéntica línea las conclusiones del Abogado General LÉGER relativas al asunto *Hedley Lomas*: «el Estado miembro de que se trate no puede supe-ditar su responsabilidad a la existencia de una sentencia por incumplimiento» (punto 176). Vid., también, F. FINES, *Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire? (nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur)*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 1/1997, págs. 72-73.

(12) Artículo 226 en la nueva redacción del Tratado de la Comunidad Europea introducida por el Tratado de Amsterdam.

(13) Artículo 10 en la nueva redacción del Tratado de la Comunidad Europea introducida por el Tratado de Amsterdam.

(14) Vid. D. SIMON, *La responsabilité...*, cit., pág. 493. Vid., también, A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *La responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario. El caso de las normas sobre ayudas de Estado*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 148, mayo 1997, pág. 30.

(15) Ténganse en cuenta las Sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 95), y de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* (punto 28). Condicionar la posibilidad de iniciar una acción en responsabilidad a la constatación previa por el Tribunal de Justicia de un incumplimiento estatal equivaldría a obstaculizar y a retrasar de manera considerable el procedimiento y la reparación del daño. Vid. las conclusiones del Abogado General LÉGER relativas al asunto *Hedley Lomas* (punto 176). Vid., también, F. FINES, *Quelle...*, cit., pág. 72; G. F. CARTEI, *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 1996, págs. 733 y ss.; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho Comunitario*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 147, abril 1997, pág. 12.

la violación del Derecho comunitario era imputable ya no a la Administración, sino al legislador nacional (16). El Tribunal de Luxemburgo elimina cualquier duda al respecto afirmando de manera inequívoca que aun si «la libertad del legislador no debe verse obstaculizada por la perspectiva de acciones de resarcimiento» (17), el principio de responsabilidad «es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento» (18). Por tanto, ya no es posible ampararse en el dogma «rousseauiano» de la irresponsabilidad de la ley, ni en su carácter «sagrado», superior y no impugnabile. Si vulnera el ordenamiento que el Estado se ha comprometido a respetar al ingresar en la Comunidad, el legislador nacional puede ser declarado responsable por los daños y perjuicios sufridos por los particulares como consecuencia de dicho incumplimiento (19).

¿Qué argumentos utiliza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea? De los más lógicos y tradicionales. En primer lugar, se apoya en la clásica exigencia de la aplicación uniforme del Derecho europeo (20). En segundo lugar, se inspira en la vieja teoría de la responsabilidad del Derecho internacional público según la cual el Estado es responsable en su unidad, independientemente de cuál de sus poderes haya causado el perjuicio (21).

(16) Vid. D. SIMON, *La responsabilité...*, cit., pág. 493.

(17) Conclusiones del Abogado General LÉGER relativas al asunto *Hedley Lomas* (punto 96).

(18) Vid. la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 32). Como afirma el Abogado General TESAURO en sus conclusiones relativas al asunto citado, «la propia idea de la responsabilidad del Estado legislador en relación con las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario y, por tanto, suscritas convencionalmente por los propios Estados o adoptadas mediante procedimientos posteriores creados a tal fin, es (...) perfectamente coherente —y por eso mismo inherente— con los caracteres fundamentales y típicos del ordenamiento jurídico comunitario» (punto 41).

(19) Vid. a este respecto las conclusiones del Abogado General LÉGER relativas al asunto *Hedley Lomas* (puntos 99, 100 y 106). Vid., también, M. WATHELET y S. VAN RAEPENBUSCH, *La responsabilité...*, cit., págs. 33-37; S. MARTÍNEZ LAGE, *La obligación de los Estados miembros de indemnizar los daños causados a los particulares por los incumplimientos de sus obligaciones comunitarias atribuibles al poder legislativo (la s. Brasserie du Pêcheur)*, «Gaceta Jurídica de la CE», febrero 1996, págs. 1 y ss.; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, «Revue du Marché Unique Européen», núm. 3/1996, págs. 23 y ss.

(20) Vid. sobre este principio la Sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest* (asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89; Recopilación TJCE 1991-2, págs. 415 y ss., punto 26).

(21) Téngase presente la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*: «en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario, en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares» (punto 34). Vid. también las conclusiones del Abogado General TESAURO relativas al mismo asunto (punto 38). Algunos autores consideran que esta referencia a la teoría de la responsabilidad del Derecho internacional público es innecesaria. Vid., por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad...*, cit., págs. 35-36.

En tercer lugar, finalmente, esgrime el «todopoderoso» principio de la defensa de los intereses de los ciudadanos. Como advierte el juez comunitario, «*el hecho de que el incumplimiento reprochado sea, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y, en el presente caso, el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales*» (22).

El tema no presenta *a priori* más dificultades. Basta añadir que esta jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo nos permite afirmar que la condición que impone, en el ordenamiento español, el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la existencia de la responsabilidad del Estado legislador (esto es, el que el acto legislativo en cuestión haya previsto la eventualidad de una reparación patrimonial) (23) pierde toda operatividad en los supuestos en que ésta tenga como premisa un incumplimiento del Derecho comunitario (24). En efecto, como afirma

(22) Vid. la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 35).

(23) Para un análisis de este precepto, vid., entre otros, F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1992)*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 368 y ss. Vid. también, desde una perspectiva crítica, J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I*, 8.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 721.

(24) La responsabilidad del «Estado legislador» forma parte de estos temas del Derecho público español que no acaban de encontrar una solución pacífica y unánimemente aceptada. Para un análisis de las posturas jurisprudenciales y doctrinales implicadas en este debate, vid., por ejemplo, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 68 de esta REVISTA, mayo-agosto 1972, págs. 57 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *Sobre la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 118 de esta REVISTA, enero-abril 1989, págs. 35 y ss.; del mismo autor, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 77, enero-marzo 1993, págs. 125 y ss.; J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en vol. col., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirs.: J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN), Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 408 y ss.; de nuevo, F. GARRIDO FALLA, *A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 81, enero-marzo 1994, págs. 111 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 365 y ss.; E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 125; T. QUINTANA LÓPEZ, *La responsabilidad del Estado legislador*, núm. 135 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1994, págs. 103 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas*, núm. 141 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1996, págs. 131 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 47 y ss. Sobre la responsabilidad del «Estado legislador» en el Derecho comparado, vid. F. SCHOCKWEILER, C. WIVENES y J. M. GODART, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 1/1990, págs. 31 y ss.; G. ALBERTON, *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation?*, «Revue Française de Droit Administratif», núm. 5/1997, págs. 1017 y ss. Ténganse presentes también en las conclusiones del Abogado General LÉGER relativas al asunto *Hedley Lomas* (puntos 96 y ss.).

el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, «*las condiciones (...) establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización (...) no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización*» (25).

3. Reconocimiento de la versión objetiva de la responsabilidad

El tercer aspecto sobre el que nos parece interesante detenernos —aunque sea brevemente— es el relativo a la configuración de la responsabilidad de los Estados como una responsabilidad de carácter objetivo, esto es, como una responsabilidad que no está condicionada por la existencia de una culpa o falta (26). Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, no es el comportamiento del autor del acto «ilegal», sino tan sólo el vínculo de causalidad entre el incumplimiento del Derecho comunitario y los perjuicios causados a los particulares, lo que da nacimiento a la obligación de reparación (27). Según los jueces de Luxemburgo, imponer el requisito de la culpa o falta «*equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario*» (28).

Podemos afirmar, sin adentrarnos en el inseguro camino de la profecía, que esta precisión no tardará en producir un cierto impacto en el panorama legal comparado. En efecto, casi todos los ordenamientos jurídicos internos, con más o menos claridad, siguen haciendo girar la institución de la responsabilidad pública alrededor del eje de la culpa o falta (29). Así las cosas, aun si este elemento tiende a equipararse a la ilegalidad de la actuación —perdiendo progresivamente cualquier connota-

(25) Ténganse en cuenta las Sentencias de 10 de julio de 1997, *Bonifaci y Berto* (puntos 23 y 49), *Palmisani* (punto 27) y *Maso y Gazzetta* (punto 37). Vid., también, L. GOFFIN, *A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, «Cahiers de Droit Européen», núms. 5-6/1997, págs. 550-551.

(26) Sobre la noción de culpa en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, vid. J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1983, págs. 99 y ss.

(27) Vid. la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*: «*la obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario*» (punto 79). Vid. también la Sentencia de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*: «*no se puede supeditar la reparación del daño a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable*» (punto 28).

(28) Vid. la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 79).

(29) Vid. a este respecto las conclusiones del Abogado General TESAURO relativas al asunto *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 86). Vid., también, J. LEGUINA VILLA, *El fundamento de la responsabilidad de la Administración*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 23, octubre-diciembre 1979, págs. 523 y ss.; J. HERMANN-RODEVILLE, *Un exemple de contentieux économique: le recours en indemnité devant la Cour de justice des Communautés européennes*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 1/1986, págs. 9 y ss.; F. SCHOCKWEILER, C. WIVENES y J. M. GODART, *Le régime...*, cit., págs. 31 y ss.; de nuevo, F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité...*, cit., pág. 47.

ción subjetiva—, dichos Estados deberán realizar sensibles retoques legales en el sentido de descartar la idea de comportamiento culposo como factor decisivo en la puesta en juego de la responsabilidad patrimonial de la autoridad pública.

Una dispensa a esta necesidad de reforma la disfruta el ordenamiento español, por la simple razón de que ya consagra de manera límpida la responsabilidad objetiva (30). El artículo 106.2 de la Constitución, prescindiendo de cualquier referencia al elemento tradicional de la ilicitud o culpa, establece que los «particulares (...) tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos (...), siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» (31).

(30) Vid., sobre este tema, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, cit., págs. 370-372. Vid., también, E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento...*, cit., pág. 50; L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, «Documentación Administrativa», núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 44-45.

Sin embargo, un cada vez más importante sector doctrinal, encabezado por el Profesor GARRIDO FALLA (vid., recientemente, *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 94, abril-junio 1997, págs. 178 y ss.) y por el ilustre civilista F. PANTALEÓN PRIETO (*Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, «Documentación Administrativa», núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 239 y ss.), pone en tela de juicio, a través de un análisis de la jurisprudencia nacional reciente, la viabilidad de la objetivización del sistema de responsabilidad administrativa y propone una reforma legislativa (más precisamente, del artículo 139.1 de la *Ley 30/1992*, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*) destinada a eliminar toda referencia a lo que podría considerarse como la creación de un «seguro global de los meros accidentes de los administrados en relación con la Administración» (*Los límites...*, cit., pág. 188). El «blanco» de la crítica de estos autores es la postura de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*ibid.*, loc. cit.), que consiste en «sustituir el punto de vista de la licitud o no del causante del daño por el punto de vista objetivo del daño efectivamente causado cuando el lesionado no tiene el deber legal de soportar dicho daño» (*Los límites...*, cit., pág. 185).

(31) Como observan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*ibid.*), esta construcción «sitúa a nuestro ordenamiento a la vanguardia del Derecho comparado» (pág. 371). El Tribunal Supremo considera en términos muy similares que el sistema objetivo de responsabilidad «es una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho» (Sentencia de 4 julio de 1980, *Aranzadi* 3410, Considerando 1.; Ponente: E. Díaz Eimil). Sobre las ventajas del régimen de responsabilidad pública vigente en el Derecho español, vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol*, «Actualité Juridique de Droit Administratif», número especial: *Droit administratif et Droit communautaire*, junio 1996, pág. 123. Vid., también, L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 24, enero-marzo 1980, págs. 33-35; del mismo autor, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas», en vol. col., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA* (coord.: S. MARTÍN-RETORTILLO), vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 2792; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública», en *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 1312 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad...*, cit., págs. 138-139; de nuevo, L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones públicas en España: nota introductoria», en *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pág. 14.

Como hemos indicado en la introducción del presente trabajo, no todos los aspectos de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea gozan de un tratamiento claro. Subsisten unas zonas de sombra que, sin llegar a comprometer la solidez del edificio comunitario de la responsabilidad pública, no dejan de representar defectos que conviene subsanar (32).

III. SOMBRAS DE LA JURISPRUDENCIA: UNA INTERPRETACIÓN OSCURECEDORA DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL SUPUESTO DEL EJERCICIO DE COMPETENCIAS DISCRECIONALES

Una de las aportaciones más relevantes de las Sentencias aquí comentadas reside en la concreción de las condiciones de la responsabilidad destacadas por la jurisprudencia *Franovich* y *Bonifaci*. Más precisamente, el juez comunitario introduce el matiz de que cuando el daño se produce como consecuencia del ejercicio de una competencia discrecional, no son suficientes los criterios que se aplican a las actividades regladas de los Poderes públicos nacionales. En ese supuesto, en efecto, además de los requisitos del daño (como vulneración de un derecho reconocido por la norma jurídica violada) y del nexo causal entre este último y el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado (33), se requiere para que haya responsabilidad que dicho incumplimiento sea «suficientemente caracterizado» (34). En resumidas cuentas, cuando la autoridad nacional dispone de un margen de apreciación en el ejercicio de sus competencias, no basta una simple vulneración del ordenamiento comunitario para que los particulares puedan reclamar la reparación de los daños sufridos, sino que se exige una vulneración clara, evidente y manifiesta (35).

(32) Vid., desde un punto de vista general, M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, «Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali», núm. 4/1997, pág. 682.

(33) Ténganse en cuenta las Sentencias de 7 de marzo de 1996, *El Corte Inglés* (punto 22), y de 10 de julio de 1997, *Maso y Gazzetta* (punto 35). Vid., sobre estos requisitos, S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 107 y ss. Vid., también, L. GOFFIN, *A propos...*, cit., págs. 536 y ss.; L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du Pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, «Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali», núms. 1-2/1997, pág. 67.

(34) Vid. las Sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (puntos 47 y 51); de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications* (punto 39); de 22 de abril de 1997, *Eunice Sutton* (punto 32), y de 10 de julio de 1997, *Palmisani* (punto 25) y *Bonifaci y Berto* (punto 47). Vid., también, G. TESAURO, *Responsabilità...*, cit., pág. 26. Como advierte E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido*, núm. 145 de esta REVISTA, enero-abril 1998, pág. 135), la versión inglesa de las Sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo habla de violaciones «suficientemente serias», mientras que la alemana utiliza el término de «cualificadas». Sin embargo, la realidad descrita no deja de ser la misma.

(35) Se produce así una equiparación entre el sistema de responsabilidad de los Estados miembros y el sistema de responsabilidad de la Comunidad por actos normativos que implican opciones de política económica (art. 215 del Tratado de la Comunidad Europea; art. 288 en la nueva redacción introducida por el Tratado de Amsterdam). Vid., sobre este

¿Cómo ha de interpretarse esta condición? Para contestar a este interrogante, tenemos que analizar por separado los términos de los pronunciamientos jurisprudenciales de referencia. En primer lugar, cabe preguntarse de qué modo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mide el margen de apreciación de las autoridades nacionales —1—; en segundo lugar, conviene determinar qué entiende el juez comunitario por «*incumplimiento suficientemente caracterizado*» del Derecho comunitario —2— (36).

1. *El margen de apreciación de las autoridades nacionales*

Hemos dicho antes que uno de los problemas reside en apreciar el margen de discrecionalidad de la autoridad pública nacional. Pues bien, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea carecen de toda utilidad en relación con esta cuestión. No solamente no proporcionan ningún criterio susceptible de ayudarnos a determinar cuándo las autoridades nacionales disfrutaban de un ámbito de apreciación y cuándo no, sino que además aplican a los casos sometidos a su juicio por los Tribunales internos una solución confusa y de muy dudosa validez.

En el asunto *Brasserie du Pêcheur* (que versa sobre la responsabilidad del Estado alemán por los daños producidos a una empresa francesa excluida del mercado nacional como consecuencia de la aprobación de una ley —el *Reinheitsgebot*— reguladora de la pureza de la cerveza) (37), como

aspecto, M. WATHELET y S. VAN RAEPENBUSCH, *La responsabilité...*, cit., págs. 39 y ss. Sobre el tema de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea, vid., entre otros, B. DU BAN, *Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté*, «Cahiers de Droit Européen», núm. 4/1977, págs. 397 y ss.; E. W. FUSS, *La responsabilité des Communautés européennes pour le comportement illégal de leurs organes*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 1/1981, págs. 2 y ss.; A. CALOT, J. M. DE LA TORRE, M. URÍA y J. AGUILÓ, *La responsabilidad extracontractual de las Comunidades Europeas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, «Revista General del Derecho», núms. 541-542, 1989, págs. 6835 y ss.; F. FINES, *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté Economique Européenne*, Ed. LGDJ, París, 1990; J. BOULOIS, *Droit institutionnel des communautés européennes*, 3.^a ed., Ed. Montchrestien, París, 1991, págs. 324 y ss.; D. LASOK y J. W. BRIDGE, *Law & Institutions of the European Communities*, 5.^a ed., Ed. Butterworths, London-Dublin-Edimburgh, 1991, págs. 45 y ss.; T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, 3.^a ed., Ed. Clarendon, Oxford, 1994, págs. 482 y ss.; E. GUICHOT, «La responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea», en vol. col., *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado* (coord.: J. BARNÉS), Ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 895 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 187 y ss.

(36) Valorando de manera general cada una de las Sentencias importantes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, R. ALONSO GARCÍA analiza muy detenidamente estas cuestiones en su obra, ya citada, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, *passim*. De manera muy ilustrativa, este autor define la Sentencia *Francoovich y Bonifaci* como el «amanecer»; la *Brasserie du Pêcheur-Factorame* como «la claridad, sin llegar a la del medio día»; la *British Telecommunications* como un «nebuloso atardecer»; la *Hedley Lomas* como una «noche tenebrosa»; la *Dillenkofer* como un «nuevo amanecer», y la *Denkavit* como el «mañana convertido en hoy».

(37) Esta norma fue declarada contraria al ordenamiento comunitario por la Sentencia de 12 de marzo de 1987, *Comisión contra Alemania* (asunto C-178/84; *Recopilación TJCE* 1987-3, págs. 1262 y ss.).

en el *Factortame* [donde se examina la responsabilidad de las autoridades inglesas por haber adoptado una norma —el *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulation Act*, de 3 de mayo de 1988— tendente a impedir a los armadores no británicos, esencialmente españoles, inscribirse en el registro nacional de buques de pesca] (38), el juez de Luxemburgo declara que los Estados miembros gozan de un amplio margen de libertad en la aplicación de las normas comunitarias en cuestión. En el primer caso es así, según el Tribunal, porque la materia objeto de la regulación nacional no se beneficia de una armonización comunitaria; en el segundo, porque la fijación de los requisitos y criterios que condicionan la inscripción de los buques pesqueros en un registro público es una competencia nacional en la que no incide directamente la normativa comunitaria sobre pesca.

En nuestra opinión, este planteamiento no puede considerarse válido por la simple razón de que, al contrario de lo que defiende el Tribunal de Luxemburgo, los preceptos del Tratado que encuadran dichas materias limitan drásticamente el margen de maniobra de los Estados miembros en su regulación. El artículo 30 (39) (asunto *Brasserie du Pêcheur*) prohíbe de manera clara e inequívoca «las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente». Los artículos 6 (40)

(38) Esta norma fue declarada parcialmente contraria al Derecho comunitario por la Sentencia de 25 de julio de 1991, *Regina contra Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* (asunto C-221/89). Vid., sobre este pronunciamiento, S. BOYRON y L. N. BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, «Revue Française de Droit Administratif», núm. 1/1994, págs. 70 y ss. Los sucesivos pronunciamientos relativos a este asunto han sido comentados por el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en los siguientes trabajos: *El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración del Derecho Comunitario Europeo. La Sentencia inglesa Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others, 1989, y la negación general de medidas cautelares contra la Corona*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 63, julio-septiembre 1989, págs. 411 y ss.; *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca angloespañol. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho Comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por infracción de éste*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 64, octubre-diciembre 1989, págs. 593 y ss.; *La Sentencia Factortame (19 de julio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 67, julio-septiembre 1990, págs. 401 y ss.; *La Sentencia Factortame II del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 1991, sobre el fondo de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la Merchant Shipping Act de 1988, inglesa, de reserva de pesca. Derecho estatal de abanderamiento de buques y libertad de establecimiento según el Derecho Comunitario*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 73, enero-marzo 1992, págs. 67 y ss.; *El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido*, núm. 145 de esta REVISTA, enero-abril 1998, págs. 117 y ss.

(39) Artículo 28 en la nueva redacción del Tratado de la Comunidad Europea introducida por el Tratado de Amsterdam.

(40) Artículo 12 en la nueva redacción del Tratado de la Comunidad Europea introducida por el Tratado de Amsterdam.

y 52 (41) (asunto *Factortame*) declaran ilegítimas las medidas de «discriminación por razón de la nacionalidad» y las «restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro» (42). Además, dichos preceptos forman parte de esta categoría de normas comunitarias que gozan de efecto directo en el ordenamiento interno de los Estados miembros (43). Y, por definición, el efecto directo de una norma (esto es, su carácter preciso, claro e incondicional) excluye toda esfera de libertad de las autoridades nacionales en su aplicación o transposición (44).

La Sentencia *Hedley Lomas* (que versa sobre la responsabilidad de las autoridades británicas por su negativa a expedir una licencia de exportación a una empresa española de ganadería) nos deja todavía más perplejos por la llamativa incoherencia que encierra. En un primer momento, el Tribunal de Justicia afirma que los Poderes públicos nacionales disponen de una amplia esfera de discrecionalidad «para efectuar opciones normativas» (puntos 25 y 26). Pero en un segundo momento, al abordar la cuestión de la intensidad del incumplimiento estatal, el juez comunitario establece que el margen de apreciación de las autoridades británicas es «considerablemente reducido, incluso inexistente»; y, precisamente por ello, «la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada» (punto 28). La segunda postura del Tribunal nos parece la más acertada. En efecto, el precepto en cuestión, el artículo 34 del Tratado de la Comunidad Europea (45), prohíbe tajantemente «las restricciones cuantitativas a la importación y exportación», sin que el Estado pueda invocar en el supuesto contemplado ninguna de las cláusulas de excepción previstas por el artículo 36 del Tratado (46) (puntos 18 y 19). Además, al igual que en los asuntos antes mencionados, dicho precepto tiene efecto directo en el ordenamiento de los Estados miembros (47); lo que confirma que las autoridades nacionales no ejercen una competencia discrecional, sino reglada, en su instrumentación.

No hace falta seguir en este análisis crítico para percatarse de que, en lo que se refiere a la medición del margen de apreciación de las autoridades nacionales en la aplicación del ordenamiento comunitario, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no resulta en absoluto satisfactoria. Poco más lo es con respecto a la problemática relativa a la valoración de la intensidad del incumplimiento estatal (48).

(41) Artículo 43 en la nueva redacción del Tratado de la Comunidad Europea introducida por el Tratado de Amsterdam.

(42) Vid., sobre esta cuestión, D. SIMON, *La responsabilité...*, cit., págs. 495-496.

(43) Vid. D. SIMON, *ibid.*, loc. cit.

(44) Vid. en tal sentido, de nuevo, D. SIMON, *ibid.*, loc. cit. Vid., en contra, A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pág. 32.

(45) Artículo 29 en la nueva redacción del Tratado de la Comunidad Europea introducida por el Tratado de Amsterdam.

(46) Artículo 30 en la nueva redacción del Tratado de la Comunidad Europea introducida por el Tratado de Amsterdam.

(47) Téngase en cuenta la Sentencia de 13 de diciembre de 1983, *Apple and Pear Development Council* (asunto C-222/82; *Recopilación TJCE* 1983-11, págs. 4083 y ss.).

(48) Vid., sobre esta problemática, L. GOFFIN, *A propos...*, cit., págs. 532 y ss.

2. La intensidad del incumplimiento del ordenamiento comunitario

Según el juez de Luxemburgo, «*el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación*» (49).

¿Reviste alguna utilidad este pronunciamiento? Poca, por no decir ninguna. Dicho sea con el debido respeto a la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, tan tautológica definición deja en la boca el amargo sabor de lo inoperante, de lo difuminado. Para encontrarse con criterios mínimamente operativos hay que acudir a los indicios que el propio juez comunitario proporciona. Según él, para valorar la gravedad de la infracción estatal del ordenamiento comunitario hay que tener en cuenta básicamente el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la intencionalidad o no intencionalidad del incumplimiento, así como su carácter excusable o inexcusable (50). En este sentido, por ejemplo, será lo suficientemente caracterizada como para generar responsabilidad la infracción de una obligación comunitaria de contenido claro y preciso, o, también, la que se cometa de manera dolosa, pudiendo considerarse como tal, por cierto, la que ha perdurado después de haberse dictado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una sentencia por incumplimiento (51).

Es verdad que estos indicios puestos de relieve por el juez de Luxemburgo concretan la definición inicial de lo que ha de entenderse por «*violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario*». Pero, como observa SIMON, no sirven para construir una concepción rigurosa y «*todo-terreno*» (52). En efecto, si no sabemos determinar cuándo las autoridades nacionales disponen de un margen de apreciación en la aplicación del Derecho comunitario (véase el apartado anterior), ¿cómo vamos a apreciar la ambigüedad o la claridad de una obligación impuesta por el Tratado? (53)

(49) Ténganse presentes las Sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 55); de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications* (punto 42); de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* (punto 25), y de 17 de octubre de 1996, *Denkavit* (punto 50).

(50) El Tribunal de Luxemburgo formula más criterios (Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, punto 56), pero todos pueden reconducirse a los que aquí se enumeran. Vid., sobre estos criterios, G. TESAURO, *Responsabilité...*, cit., págs. 27-28. Vid., también, R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad...*, cit., págs. 88 y ss.; L. GOFFIN, *A propos...*, cit., págs. 539 y ss.

(51) Téngase en cuenta la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 57). El Tribunal de Luxemburgo considera también que «*la inexistencia de cualquier medida de adaptación del Derecho nacional a una Directiva para alcanzar el resultado prescrito por ésta dentro del plazo fijado para ello constituye, por sí sola, una violación del Derecho comunitario caracterizada*» (Sentencia de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*, punto 29). Vid., en la misma línea, la Sentencia de 25 de junio de 1998, *Rechberger*.

(52) Vid. *La responsabilité...*, cit., pág. 496.

(53) En las Sentencias de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications* (puntos 42 y ss.), y de 17 de octubre de 1996, *Denkavit* (puntos 50 y ss.), el Tribunal de Justicia afirma que el incumplimiento estatal no puede considerarse como una violación suficien-

Del mismo modo, ¿qué aspectos nos permiten detectar en una infracción el elemento subjetivo —si se prefiere psíquico o psicológico— del dolo o de la culpa, más aún cuando se trata de Poderes públicos? (54). Los interrogantes podrían multiplicarse, pero no hace falta seguir (55). Basta puntualizar que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no parece confiar mucho en dichos indicios. Prueba de ello es que siempre se ha negado a utilizarlos para delimitar las circunstancias atenuantes en la imputación de la responsabilidad (56).

No quisiéramos alargar más estas reflexiones. De lo que sí nos gustaría dejar constancia, como colofón de lo expuesto hasta ahora, es de la imperiosa necesidad de que el Tribunal de Luxemburgo intente clarificar su interpretación de las condiciones de la responsabilidad estatal por los daños producidos a los particulares como consecuencia del ejercicio de competencias discrecionales. En efecto, si la jurisprudencia comunitaria está llamada a encuadrar de manera cada vez más estrecha la valoración realizada por los Tribunales internos de las acciones en responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo (57) —lo que parece necesario habida

temente caracterizada del Derecho comunitario porque se refiere a disposiciones imprecisas (art. 8.1 de la *Directiva 90/531/CEE* del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, «relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones», en el primer asunto; art. 3.2 de la *Directiva 90/435/CEE* del Consejo, de 23 de julio de 1990, «relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes», en el segundo asunto). El Tribunal de Luxemburgo hace descansar dicha afirmación en el hecho de que la interpretación que realiza el Estado en cuestión de la disposición comunitaria vulnerada es de «buena fe» y «pertinente», no es «manifiestamente contraria al texto de la Directiva» y «fue adoptada por la casi totalidad de los demás Estados miembros». Además, «la jurisprudencia del TJCE no facilitaba indicación alguna sobre la interpretación que debía hacerse de la disposición controvertida», con lo cual el incumplimiento estatal es «perdonable».

(54) Sobre la dificultad de identificar un comportamiento doloso o culposo en la acción de los Poderes públicos, vid. las conclusiones del Abogado General TESAURO relativas al asunto *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (punto 85).

(55) Nos remitimos de nuevo a la obra de R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad...*, cit., *passim*.

(56) Vid., sobre esta cuestión, D. SIMON, *La responsabilité...*, cit., pág. 496. Vid., también, M. WATHELET y S. VAN RAEPENBUSCH, *La responsabilité...*, cit., pág. 46.

(57) Ténganse presentes las Sentencias de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications* (punto 41), y de 17 de octubre de 1996, *Denkavit* (punto 49). Vid. también las conclusiones del Abogado General TESAURO relativas al asunto *British Telecommunications*: «En lo que respecta a los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso recordar que para que se asegure en todos los Estados miembros una protección patrimonial de manera, si no totalmente uniforme, por lo menos homogénea, que sea el propio Derecho comunitario quien establezca los requisitos mínimos que determinan el Derecho a la indemnización y, especialmente, los criterios según los cuales deben establecerse dichos requisitos, así como los límites comunitarios fijados a los requisitos nacionales relativos a la indemnización, ya sean procesales o no» (punto 31). En la misma línea, vid. L. GOFFIN, *A propos...*, cit.: «C'est donc essentiellement le droit communautaire qui régit la matière. C'est la Cour de Justice qui a donné naissance au système. C'est elle qui s'en réserve le contrôle dans l'exercice de sa compétence préjudicielle. C'est elle qui en détermine les contours. C'est dans le nécessaire respect de ce droit par les Etats membres que leur responsabilité trouve un fondement. Le droit interne au cadre duquel il est renvoyé pour le surplus aura sans doute un effet réduit: en effet, les conditions de fond ne sont applicables que si elles sont plus favorables et les conditions de forme ne le sont que si elles ne sont pas contraires aux principes communautaires d'équivalence et d'efficacité» (pág. 551).

cuenta de las diferencias de interpretación que surgen con cada vez más frecuencia entre los pronunciamientos jurisdiccionales nacionales (58)—, el juez de Luxemburgo no puede permitir que subsistan incertidumbres tan importantes como las que acaban de resaltarse. El tema no es baladí; la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos comunitarios está en juego.

(58) Vid. a este respecto los ejemplos descritos por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El fin...*, cit., pág. 144.