

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS POR LOS
DAÑOS CAUSADOS A LOS PARTICULARES POR LAS
VIOLACIONES DEL DERECHO COMUNITARIO QUE LES
SEAN IMPUTABLES. (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL
TJCE DE 5-III-1996, BRASSERIE DU PÊCHEUR SA C. RFA Y
THE QUEEN C. SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT, EX
PARTE: FACTORTAME LTD Y OTROS; C-46/93 Y C-48/93)

Marta Sobrido Prieto

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La sentencia de 5 de marzo de 1996 con la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades (en adelante, TJCE) dió respuesta a las preguntas prejudiciales planteadas en los asuntos acumulados 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 III¹) ha venido a definir los contornos del principio de responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, esto es, del principio de responsabilidad patrimonial. Se trata de un principio ya enunciado y aplicado hace años (sentencias Francovich², Wagner Miret³, Faccini Dori⁴) y que, tras esta sentencia, ha sido planteado en nuevos asuntos (sentencias El Corte Inglés⁵, British Telecommunications⁶, Hedley Lomas⁷, Dillenkofer⁸). De todas ellas, cuatro son las que, en mayor o menor medida, marcan la

¹ Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93; Rec. p. I-1029.

² Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros c. República italiana (en adelante, Francovich); asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90; Rec. p. I-5357.

³ Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Teodoro Wagner Miret c. Fondo de Garantía Salarial (en adelante, Wagner Miret); C-334/92; Rec. p. I-6911.

⁴ Sentencia de 14 de julio de 1994, Paola Faccini Dori c. Recreb Srl (en adelante, Faccini Dori), C-91/92, Rec. p. I-3325.

⁵ Sentencia de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés SA c. Cristina Blázquez Rivero (en adelante, El Corte Inglés), C-192/94, Rec. p. I-1281.

⁶ Sentencia de 26 de marzo de 1996, The Queen c. H. M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc (en adelante, British Telecommunications); C-392/93, Rec. p. I-1631.

⁷ Sentencia de 23 de mayo de 1996, The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd (en adelante, Hedley Lomas); C-5/94, Rec. p. I-2553.

⁸ Sentencia de 8 de octubre de 1996, Erich Dillenkofer y otros c. Bundesrepublik Deutschland (en adelante, Dillenkofer), asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94. Rec. p. I-4845.

pauta: Francovich, Brasserie du pêcheur-Factortame III, Hedley Lomas y Dillenkofer.

La primera sentencia en la que se afirma el referido principio es Francovich. En aquel asunto la cuestión giraba en torno a la no trasposición de una Directiva por parte de Italia, supuesto de incumplimiento así declarado por el TJCE. Tal Directiva confería a los trabajadores asalariados una serie de derechos en caso de insolvencia del empresario, derechos que sin embargo los trabajadores no podían invocar por carecer de efecto directo las disposiciones⁹. La situación era, por tanto, la de una serie de particulares que se sabían beneficiarios de unos derechos concretos en virtud del Derecho comunitario pero a los que el incumplimiento estatal y la falta de efecto directo de las disposiciones les privaba de ellos; en estas circunstancias el TJCE terminó reconociendo, con carácter prejudicial, el derecho a obtener una indemnización del Estado por los perjuicios que el incumplimiento estatal les había ocasionado.

Tal derecho encontraba su fundamento en el propio sistema del Tratado pues los nacionales de los Estados miembros son sujetos de derechos que el ordenamiento jurídico comunitario les confiere, unos derechos que se hayan contenidos en normas comunitarias y que los órganos jurisdiccionales nacionales han de proteger (el juez nacional como juez comunitario) de modo que, si los particulares no tuvieran posibilidad de obtener reparación cuando tales derechos son lesionados, ello supondría tanto un golpe a la propia eficacia de las normas comunitarias como un importante obstáculo para esa debida protección que deben prestar los jueces nacionales a los particulares.

A todo ello, añadía el TJCE lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado CEE pues, si en él se establece que los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario, entre esas obligaciones se encontrará la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación de Derecho comunitario.

Resultaba, por tanto, que el propio sistema del Tratado era el fundamento de la obligación de reparación y que además había situaciones -como era éste el caso- en las que esta reparación era "particularmente indispensable" por no tener la norma comunitaria efecto directo. Esta última apreciación es importante porque hubo quien consideró que la falta de efecto directo no era un supuesto especialmente "claro" sino el único en que se originaba esta obligación de reparación; volveremos sobre este punto más adelante.

En segundo lugar, el TJCE declaró que en lo que se refiere a los requisitos resultará que, dado que esta responsabilidad está basada directamente en el Derecho comunitario, los requisitos que han de concurrir para que nazca dependerán de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado. Para el supuesto de que la violación consistiese -como sucedía en este caso- en la no trasposición de una Directiva deberían concurrir tres requisitos: que el resultado prescrito por la Directiva implicase una atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de esos derechos pudiera ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y que existiese una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. A partir de aquí, y a falta de una normativa comunitaria sobre la

⁹ Se presentaban, estas disposiciones, incondicionales y suficientemente precisas en cuanto a la determinación del contenido de la garantía y de los beneficiarios pero no respecto al sujeto obligado a prestarla.

materia, el marco jurídico para apreciar la concurrencia de estos tres requisitos deberá ser el nacional aunque el TJCE advierte que, en todo caso, las condiciones de fondo y forma de las respectivas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

El avance de Francovich no fue enunciar la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario pues esto ya había sido hecho con anterioridad, sino fundamentar tal responsabilidad en el propio Derecho comunitario y dibujar "al menos respecto a aquel supuesto de responsabilidad, las condiciones comunitarias que lo determinan"¹⁰.

Posteriormente se presentaron otros asuntos similares, las sentencias Wagner Miret (supuesto de trasposición incorrecta de Directiva) y Faccini Dori (supuesto de no trasposición de Directiva), en las cuales el juez hizo entrar en juego, como paso previo, el principio de la interpretación conforme al Derecho comunitario¹¹; si las disposiciones nacionales no podían ser interpretadas en un sentido conforme con la Directiva procedería la reparación de los perjuicios tal como había sucedido en Francovich, exigiéndose los mismos requisitos.

II. MARCO JURIDICO Y FACTICO

Con la sentencia del TJCE que estamos comentando, este Tribunal da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame III, de las que pasamos a presentar brevemente sus contextos jurídico y fáctico.

Brasserie du pêcheur

Brasserie du pêcheur S.A. es una fábrica de cerveza francesa que exportaba cerveza a Alemania pero que a fines de 1981 se vio obligada a interrumpir sus exportaciones por no ajustarse la cerveza por ella fabricada a la Biersteuergesetz (Ley del Impuesto sobre la cerveza, en adelante BStG). En efecto, la BStG prohibía en sus artículos 9 y 10 tanto comercializar bajo la denominación "Bier" (cerveza) cerveza legalmente fabricada en otros Estados miembros según distintas normas, como importar cerveza que contuviera aditivos. Por entender que tal Ley infringía el artículo 30 del Tratado CEE, la Comisión inició un procedimiento contra la RFA en virtud del cual el TJCE acabaría declarando el incumplimiento alemán¹². Tras esta sentencia, Brasserie du pêcheur exigió a la RFA la indemnización de los perjuicios que le había ocasionado entre 1981 y 1987 la prohibición de importación. Esta demanda fue desestimada en instancias inferiores pero la demandante mantuvo sus pretensiones en recurso de casación ante el Bundesgerichtshof el cual, al entrar a conocer del caso, estimó que el Derecho alemán no proporcionaba ninguna base que permitiese una indemnización del

¹⁰ En este sentido, el Abogado General G. Tesoro en las observaciones presentadas en el caso Brasserie du pêcheur-Factortame III; Rec. pp. I-1078-1081.

¹¹ En virtud de este principio el órgano jurisdiccional que debe aplicar el Derecho nacional está obligado, al interpretarlo, a hacer todo lo posible para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva consiguiendo, de este modo, atenerse al párrafo 3º del art. 189 del Tratado. Así lo había declarado el TJCE en su sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing; C-106/89, Rec. p. I-4135.

¹² Sentencia de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania; asunto 178/64, Rec. p. I-1227.

daño sufrido por la demandante¹³. Dudando sobre la interpretación del principio sobre la responsabilidad estatal enunciado en la sentencia Francovich, el Bundesgerichtshof planteó al TJCE cuatro cuestiones prejudiciales. En primer lugar -pues en caso de respuesta negativa las demás resultarían innecesarias- cuestionaba si este principio también resultaba aplicable para los actos adoptados por el legislador; en segundo y tercer lugar interroga sobre la aplicación del ordenamiento jurídico nacional: ¿se le pueden someter a las mismas limitaciones que el ordenamiento jurídico nacional prevé para los supuestos de Ley interna contraria a Derecho interno superior?, ¿puede el ordenamiento jurídico nacional subordinarlo a la concurrencia de culpa (por acto intencional o por negligencia) por parte de los órganos estatales responsables de la no adaptación?; y por último -y sólo en caso de respuesta negativa a la 2ª cuestión- preguntaba, ¿es necesaria la indemnización completa de todas las pérdidas patrimoniales (incluido el lucro cesante)?, ¿también se han de reparar los daños producidos con anterioridad a la sentencia de incumplimiento?.

Factortame III

En 1988 apareció una nueva Ley de Marina Mercante inglesa (Merchant Shipping Act) y con ella un nuevo sistema de registro de buques de pesca que se exigiría a partir del 31 de marzo de 1989 y que imponía algunos requisitos de nacionalidad, residencia y domicilio a los propietarios de los buques; la cuestión revestía gran importancia pues los barcos de pesca que no pudieran matricularse en el nuevo registro no tenían derecho a faenar. Alegando que estos requisitos eran contrarios al Tratado CEE (artículos 7, 52, 58 y 221) varias personas físicas y jurídicas (en adelante, Factortame y otros) entablaron el 16 de diciembre de 1988 un procedimiento ante la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (en adelante, Divisional Court) la cual instó al TJCE a que resolviera, con carácter prejudicial, sobre esas cuestiones. Entretanto, la Comisión -al entender tales requisitos contrarios a los artículos 7, 52 y 221- interpuso el 4 de agosto de 1989 un recurso contra el Reino Unido por incumplimiento. Al tiempo solicitó medidas provisionales y, como éstas le fueron concedidas (auto de 10 de diciembre de 1989), un reglamento modificó -con efectos a partir del 2 de noviembre de 1989- el nuevo sistema de matriculación¹⁴. El 25 de julio de 1991 el TJCE se pronunció sobre la cuestión prejudicial confirmando que tales requisitos se oponían al Derecho comunitario (Factortame II¹⁵) y pocos meses después declaró el incumplimiento británico¹⁶. Tras Factortame II los demandantes solicitaron una indemnización por los daños ocasionados desde la entrada en vigor de la nueva normativa hasta su derogación; conviene destacar que uno de ellos incluyó además una reclamación de daños y perjuicios "disuasorios" por comportamiento inconstitucional

¹³ En la RFA la responsabilidad del Estado puede generarse basándose en determinadas disposiciones pero éstas, que sólo asumen tareas que se refieren a la colectividad, no se refieren a ninguna persona o grupo de personas en particular que puedan ser considerados como "terceros" en el sentido de estas disposiciones. Hay además un principio desarrollado por la propia jurisprudencia del Bundesgerichtshof según el cual se desencadena la responsabilidad del Estado por razón de una intervención ilegal de la autoridad pública, sin embargo este principio no permite la indemnización de daños que se deban a una Ley inconstitucional.

¹⁴ La Divisional Court también había decidido suspender la aplicación del nuevo sistema de matriculación hasta que el asunto fuera dirimido en cuanto al fondo pero tal decisión fue anulada por la Court of Appeal. Los demandantes acabaron acudiendo a la House of Lords y ésta, a su vez, decidió plantear unas cuestiones prejudiciales relativas a medidas provisionales. El pronunciamiento se produjo en sentencia de 19 de junio de 1990, Factortame y otros (en adelante, Factortame I; C-213/89, Rec. p.I-2433). El 11 de octubre de 1990 la House of Lords confirmó la decisión interlocutoria concedida por la Divisional Court pero, como sabemos, el nuevo sistema de matriculación ya había sido suspendido desde el 2 de noviembre de 1989.

¹⁵ Sentencia Factortame y otros, en adelante Factortame II; asunto C-221/89, Rec. p. I-3905.

¹⁶ Sentencia de 4 de octubre de 1991, Comisión/Reino Unido; C-246/89, Rec. p. I-4585.

de las autoridades públicas. Respecto a la cuestión de la indemnización sucedió -como en Brasserie du pêcheur- que el Derecho interno no ofrecía posibilidad de indemnización¹⁷ y, por eso mismo, también aquí el órgano jurisdiccional dudó sobre el principio de responsabilidad patrimonial de modo que planteó dos cuestiones prejudiciales solicitando saber si en tales circunstancias existía el derecho a indemnización y, de ser así, cuáles habrían de ser los criterios a tener en cuenta para su determinación.

III. APORTACIONES DE LA SENTENCIA

1. Fundamento y alcance del principio de responsabilidad patrimonial del Estado

En los dos asuntos los órganos jurisdiccionales nacionales se encontraron con que sus respectivos Derechos nacionales les impedían conceder una indemnización de los daños porque las violaciones de Derecho comunitario eran imputables al legislador y por ello, ante la duda sobre la manera de interpretar el principio enunciado en Francovich, decidieron consultar al TJCE. En realidad, en los supuestos anteriores (Francovich, Wagner Miret, Faccini Dori) el incumplimiento estatal también había sido a causa del legislativo pero, en todo caso, el TJCE no duda en confirmar¹⁸ que "es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro independientemente de cual sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento"¹⁹.

Lo que sí resultaba ahora diferente era el hecho de que en este caso las disposiciones comunitarias sí gozasen de efecto directo. En realidad, en Francovich ya se había expresado claramente que el principio de responsabilidad patrimonial encontraba su fundamento en el propio sistema del Tratado y que se desencadenaba por la violación del Derecho comunitario; se hablaba, por tanto, de violación del Derecho comunitario en sentido general y se aclaraba, asimismo, que ese caso (no adaptación de una Directiva que carecía de efecto directo) no era sino un supuesto en que hacía "particularmente indispensable"²⁰ la reparación. A pesar de ello, algunos gobiernos²¹ insistían ahora en ver la sentencia Francovich sólo como una manera de colmar una laguna en el sistema de tutela de derechos negando que se tratase de un principio

¹⁷ No había textos de Derecho positivo en los que basar la responsabilidad del Estado y, aunque la jurisprudencia había abierto tal posibilidad, exigía prueba de abuso de poder en el ejercicio de la función pública. El órgano jurisdiccional inglés consideró que, según tal jurisprudencia, en el presente asunto los demandantes no tendrían ningún derecho a indemnización.

¹⁸ Para fundamentarlo, además de aludir su propia jurisprudencia (cdo. 33), se basó en el hecho de que este principio fuera inherente al sistema del Tratado (cdo. 35) y no dudó tampoco en acudir -como había hecho también el Abogado General- al ordenamiento jurídico internacional (cdo. 34). No deja de ser chocante la alusión, para justificarse, al ordenamiento jurídico internacional pues el TJCE siempre se ha mostrado partidario de apostar por el ordenamiento comunitario como un sistema de naturaleza "sui generis"; esta alusión es además más sorprendente en la medida que existe jurisprudencia del propio TJCE sobre esta cuestión. En este mismo sentido también se pronuncia FERNANDEZ MARTIN, J.M. en *"El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario. Evolución jurisprudencial reciente"*, *Revista de Instituciones Europeas*, 1996-2, pp. 530.

¹⁹ Brasserie du pêcheur-Factortame III, cdo. 32.

²⁰ Sentencia Francovich, cdo. 34.

²¹ Ver las observaciones de los gobiernos alemán (Rec. p. I-1047), irlandés (Rec. p. I-1051) y neerlandés (Rec. p. I-1052) en la sentencia Brasserie du pêcheur-Factortame III.

general para el cual, alegaban, sería necesaria la intervención del legislador comunitario²². En efecto, sin verdaderas objeciones sobre la responsabilidad del legislador (todas las partes la aceptan), lo que verdaderamente parecía cuestionarse era la aplicación del principio de responsabilidad a los supuestos en que el particular se vea perjudicado por la aplicación de una ley nacional contraria a normas comunitarias que los particulares sí pueden invocar directamente ante sus órganos jurisdiccionales nacionales. El TJCE salió al paso sobre su competencia para pronunciarse sobre la existencia y extensión de este principio reiterando que encuentra su fundamento en el Tratado y a él le incumbe su interpretación. Respecto a las demás observaciones, recordando que era jurisprudencia reiterada que el efecto directo no es sino una garantía mínima, defendió el derecho a la reparación como "corolario necesario del efecto directo"²³. En efecto, cuando el particular no tiene posibilidad de invocar directamente una disposición comunitaria que le confiere derechos, la indemnización puede tener por objeto reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de esta imposibilidad, pero el hecho de poder invocarlas no evita necesariamente que el particular sufra un perjuicio. Resultan muy claras, en este sentido, las explicaciones del Abogado General G. Tesauró quien, en apoyo a la misma tesis, afirmó que todo derecho tiene un contenido sustancial y un contenido patrimonial normalmente cuantificable y, dado que una tutela jurisdiccional efectiva de tal derecho en caso de violación de la norma comunitaria que lo atribuye ha de suponer el restablecimiento del contenido del derecho lesionado, resultará que el restablecimiento del contenido material -que es lo que se persigue con la indemnización- no es sino la búsqueda del reequilibrio patrimonial del derecho lesionado, esto es, no algo distinto u opcional sino algo necesario en muchas ocasiones para el efectivo restablecimiento del contenido del derecho lesionado. Esto lleva así a entender el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado como remedio tanto "alternativo" (si las normas violadas carecen de efecto directo) como "adicional" (si las normas sí tienen efecto directo) de la tutela material²⁴.

Por último, quisiéramos hacer una precisión. En Wagner Miret y Faccini Dori se introdujo como paso previo el principio de interpretación conforme; parecía un último intento antes de llegar a la inevitable indemnización. Sabiendo ahora que el efecto directo no excluye la posibilidad de indemnización de los perjuicios, nos parece que también podrá decirse que aun cuando siguiendo tal principio puedan interpretarse las disposiciones nacionales en un sentido conforme con la Directiva, en la medida que subsistan perjuicios los particulares podrán (si concurren los requisitos) exigir su reparación.

2. Requisitos para que nazca la responsabilidad estatal

Se trata de una cuestión importante pues supone fijar los mínimos comunitarios que garanticen que la remisión a las legislaciones nacionales -dada la ausencia de regulación comunitaria- no conduzca a situaciones discriminatorias. Y se trata, además, de una cuestión novedosa que constituye el verdadero elemento que les faltaba a los órganos jurisdiccionales nacionales alemán e inglés para aplicar el principio de responsabilidad patrimonial. En efecto, la responsabilidad del legislador era en realidad algo resuelto²⁵ y, respecto a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial a

²² En este sentido, el gobierno alemán.

²³ Brasserie du pêcheur-Factortame III, cdo. 25.

²⁴ Brasserie du pêcheur-Factortame III; Rec. pp. I-1082-1088.

²⁵ En los asuntos anteriores el incumplimiento estatal había tenido en él su causa. Asimismo, ya desde entonces se había advertido que las legislaciones nacionales no podían articularse de un modo que hiciese extremadamente difícil o imposible obtener la reparación, que es lo que aquí sucedía con las legislaciones alemana e inglesa.

supuestos en que las normas comunitarias gozasen de efecto directo, también esta cuestión -como acabamos de ver- estaba contenida ya en Francovich. Pero en cuanto a los requisitos en Francovich sólo se enunciaron los referidos al caso de Directivas no traspuestas y que carecían de efecto directo; se había dicho, no obstante, que los requisitos necesarios para que la responsabilidad estatal generase un derecho a indemnización dependían de la naturaleza de la violación.

Para resolver esta cuestión el TJCE no hizo referencia alguna a los requisitos extraídos en Francovich²⁶ y, partiendo de cero, consideró que como referencia básica han de tomarse los propios principios que fundamentan la responsabilidad del Estado: principio de plena eficacia de las normas comunitarias y de la efectiva protección de los derechos que éstas reconocen, y el principio de cooperación de los Estados miembros. Pero, además, el TJCE nos señala como referencia la jurisprudencia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad pues, alega, "la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño"²⁷. Esta jurisprudencia, especialmente cuando va referida a la responsabilidad originada por actos normativos, es bastante restrictiva; en efecto, intentando evitar que la función legislativa se vea obstaculizada cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar intereses de particulares, y teniendo en cuenta además que gozan de una amplia facultad de apreciación, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trate se ha extralimitado de manera manifiesta y grave. Por ello, el TJCE advierte que sólo será aplicable esta doctrina al legislador nacional en la medida que disponga de un amplio margen de apreciación; éste parecía ser el caso en *Brasserie du pêcheur-Factortame III*.

Pues bien, partiendo de los principios comunitarios que fundamentan la responsabilidad patrimonial y de los que fundamentan la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, el TJCE concluye que, en tales circunstancias (amplio margen de apreciación), han de cumplirse tres requisitos: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas. El primero y el tercero estaban también en Francovich, la novedad -consecuencia de la debida protección al margen de apreciación concedido- es el segundo, al que el TJCE define como "la inobservancia manifiesta y grave (...) de los límites impuestos a su facultad de apreciación"²⁸. Será, en todo caso, el órgano jurisdiccional nacional quien deba pronunciarse y para ello el juez comunitario indica, como elementos que éste puede tener en cuenta, el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja, el carácter intencional²⁹ o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho o la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la

²⁶ Por el contrario, el Abogado General G. Tesauro sí entra a analizarlos (Rec. pp. I-1097-1100). Sobre sus consideraciones volveremos más adelante.

²⁷ *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, cdo. 43.

²⁸ *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, cdo. 55.

²⁹ En las cuestiones prejudiciales se abordaba la posibilidad de supeditar la reparación a la existencia de culpa; aquí está la solución. En todo caso, el TJCE le dedica una respuesta aparte precisando que el hecho de que sea un acto intencional o que se haya producido negligencia por parte del órgano estatal al que le sea imputable la infracción es un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar si la violación es suficientemente caracterizada pero no un requisito suplementario, esto es, "la obligación de reparar los daños a los particulares no puede ir más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario" (cdos. 75-80).

omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. En cualquier caso, una violación de Derecho comunitario que ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado³⁰, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del TJCE en la materia de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento estatal será siempre una violación manifiestamente caracterizada.

El TJCE nos advierte que si estos requisitos son los que exige el Derecho comunitario ello no impide que el respectivo Derecho nacional fije otros menos restrictivos. Por tanto, siempre que concurren estos requisitos nacerá la responsabilidad estatal pero no siempre que falte alguno el Estado estará exento. Por último, el TJCE vuelve a hacer la misma advertencia que en Francovich respecto a los requisitos de fondo y forma de las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños.

Estos son, pues, los criterios comunitarios que el órgano jurisdiccional nacional ha de comprobar. Pero aunque es a él a quien corresponde pronunciarse lo cierto es que el TJCE realizó distintas valoraciones sobre la concurrencia en estos asuntos del primer³¹ y segundo³² requisito, así como sobre las respectivas legislaciones nacionales en materia de responsabilidad³³.

3. Determinación del perjuicio indemnizable

Tan sólo señalar que, a efectos de determinar la cuantía de la reparación, el TJCE señala como criterio que ésta debe ser "adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar la tutela efectiva de sus derechos"³⁴; rechaza por ello la exclusión total del lucro cesante en concepto de daño reparable. Será, en todo caso, el juez nacional a quien corresponda, dentro de los consabidos límites de fondo y forma³⁵,

³⁰ Tal sentencia basta para concluir que la violación es suficientemente caracterizada, pero ello no significa que antes no pudiera serlo o que siempre haya de haber un pronunciamiento en este sentido. La cuestión reviste importancia por cuanto será a partir del momento en que la violación cumpla los citados requisitos cuando nazca el derecho a indemnización (cdos. 91-96).

³¹ Consideró que concurría en ambos supuestos; cdo. 54.

³² En el asunto *Brasserie du pêcheur* las disposiciones relativas a la denominación resultaban difícilmente calificables, a la luz de la jurisprudencia anterior del TJCE, como un error excusable; las relativas a la prohibición de utilizar aditivos resultaban en cambio menos concluyentes hasta la sentencia en que se pronunció el incumplimiento (cdo. 59). *Factortame III*, por su parte, también merece una distinción; el TJCE dice así que en el caso de los requisitos de nacionalidad la violación era suficientemente caracterizada, mientras que respecto a los de residencia y domicilio no se pronuncia y señala los elementos que puede tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional; tan sólo respecto a uno es tajante: si el Reino Unido no adoptó inmediatamente las medidas necesarias para dar cumplimiento al auto del Presidente del TJCE sobre medidas provisionales -como así alega una de las demandantes- entonces ello bastaría para considerar la violación manifiesta y suficientemente caracterizada (cdos. 60-64).

³³ En ambos asuntos el TJCE considera que las legislaciones nacionales hacen prácticamente imposible la reparación de la indemnización: en *Brasserie du pêcheur* porque se exige que el acto u omisión del legislador se refiera a una situación individual, cuando lo cierto es que las tareas del legislador afectan, en principio, a la colectividad (cdo. 71); y en *Factortame III* al exigir prueba del abuso de poder en el ejercicio de la función pública, algo que es realmente inconcebible cuando se trata del legislador (cdo. 73).

³⁴ *Brasserie du pêcheur*-*Factortame III*, cdo. 82.

³⁵ En concreto, la condición de no fijarles criterios menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes basadas en el Derecho interno lleva a admitir la concesión de una indemnización de daños y perjuicios "disuasorios" cuando así pueda ser reconocido en el marco de una reclamación o acción similar basada en el Derecho interno (cdo. 89).

determinarla pudiendo tener en cuenta para ello criterios como la diligencia del perjudicado para evitar el perjuicio o reducir su importancia³⁶.

IV. DESARROLLOS POSTERIORES

Tras esta sentencia, y en un brevísimo espacio de tiempo, han aparecido otros pronunciamientos del TJCE: El Corte Inglés, *British Telecommunications*, *Hedley Lomas*, *Dillenkofer*. De todas ellos quisiéramos destacar *Hedley Lomas* y, especialmente, *Dillenkofer* por cuanto nos ayudan a enjuiciar el alcance de los requisitos enunciados en *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*.

A lo largo de estos años se fueron estableciendo dos supuestos, el incumplimiento por no trasposición de una Directiva (*Francovich*, *Faccini Dori*, El Corte Inglés) y el incumplimiento en supuestos en que la autoridad nacional tenía un margen de apreciación para efectuar opciones normativas (*Brasserie du pêcheur-Factortame III*, *British Telecommunications*³⁷). Parecía quedar un vacío: supuestos en los que no existiera margen de apreciación pero en los cuales el incumplimiento no consistiera en la no trasposición de Directivas. En cierto modo podría haberse planteado con *Wagner Miret*, pero entonces aun no se había desarrollado el criterio del margen de apreciación y por ello, sin valorar si efectivamente disponía o no de él, se le aplicaron directamente los requisitos de *Francovich*. Tras *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, la primera ocasión en que se planteó tal situación fue con *Hedley Lomas*. Se reproducía un supuesto similar a *Brasserie du pêcheur-Factortame III* (actuación, esta vez no normativa sino ejecutiva, contraria a disposiciones del Tratado CE) y el TJCE, sin mayores explicaciones, decidió aplicarle los requisitos establecidos para supuestos en que se dispone de margen de apreciación; después resultó que la autoridad nacional tenía "un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente"³⁸ ante lo cual el TJCE señaló que la mera infracción del Derecho comunitario bastaba para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada. Resultaba así que la cuestión del margen de apreciación dejaba de condicionar el tipo de requisitos aplicable y pasaba a actuar en la determinación de uno de ellos, la violación suficientemente caracterizada.

Los dos tipos de supuestos parecían haber cambiado; ya no se trataba de distinguir incumplimientos por no trasposición de Directivas y asuntos en los que hubiera margen de apreciación, sino incumplimientos por no trasposición de Directivas y el resto de las violaciones de normas comunitarias. Se planteaba por tanto con fuerza una duda, ¿la no trasposición de Directivas seguía constituyendo un supuesto diferente con sus propias características?. En la sentencia *Dillenkofer* el TJCE abordó el problema de frente y señaló que si bien había establecido dos tipos de requisitos, se trataba en realidad de los mismos pues aunque en *Francovich* no exigiera expresamente

³⁶ El gobierno alemán, por ejemplo, había solicitado al TJCE que, en atención a la magnitud de las consecuencias financieras del asunto *Brasserie du pêcheur*, limitase la indemnización únicamente a los daños producidos después de que se pronunciase la sentencia en la medida que los perjudicados no hubieran iniciado previamente un procedimiento judicial o una reclamación equivalente; a ello responde el TJCE que no procede que él limite en el tiempo los efectos de la sentencia y advierte que si bien los requisitos de fondo y forma de las respectivas legislaciones nacionales pueden tener efectivamente en cuenta el principio de seguridad jurídica, sin embargo, han de respetar la obligación de no imponer para ellos un régimen diferente o excesivamente difícil o incluso imposible.

³⁷ Trasposición incorrecta de una Directiva.

³⁸ Sentencia *Hedley Lomas*, cdo. 28.

violación suficientemente caracterizada ésta era "inherente a las circunstancias del asunto"³⁹.

Las sentencias Hedley Lomas y Dillenkofer nos han ayudado, de este modo, a conocer el verdadero alcance de los requisitos extraídos por el TJCE con ocasión de la sentencia Brasserie du pêcheur-Factortame III; sabemos ahora que no se trata de una solución a un supuesto concreto (situaciones con margen de apreciación), como sí había ocurrido en Francovich, sino de los requisitos "generales"⁴⁰ que, por el momento, señala el TJCE como "necesarios y suficientes para generar a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación"⁴¹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar, quisiéramos hacer balance de la trascendencia de esta sentencia y para ello, en la medida que viene a completarla, nos resulta imprescindible una vez más aludir a la sentencia Francovich.

En efecto, a Francovich debemos reconocerle el mérito de enunciar y fundamentar el principio comunitario de responsabilidad patrimonial, pero hemos visto también la limitación que para los asuntos posteriores supuso el hecho de no haber abordado con carácter general la cuestión de la naturaleza del incumplimiento⁴². Frente a ella Brasserie du pêcheur-Factortame III supuso, en primer lugar, la confirmación - explicando su alcance- del principio contenido en Francovich y, en segundo lugar, la determinación de los requisitos comunitarios exigibles para que nazca la responsabilidad patrimonial, requisitos que han sido caracterizados como "generales" por las nuevas sentencias que poco tiempo después ha pronunciado el TJCE y que han venido a consolidar y precisar la línea principal sentada en la sentencia que hemos comentado.

³⁹ Sentencia Dillenkofer, cdo. 23.

⁴⁰ Resultará por tanto que -como ya había apuntado el Abogado General G. Tesauro- la afirmación del TJCE conforme a la cual los requisitos del derecho a indemnización dependen de "la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado" debe entenderse también en el sentido de que "aspectos especialmente característicos de determinado tipo de violaciones, como la no adaptación del Derecho interno a una Directiva, son de tal naturaleza que no se precisa examinar más detalladamente si se cumplen uno o varios de los requisitos de la misma". Observaciones al asunto Brasserie du pêcheur-Factortame III. Rec. p. I-1100.

⁴¹ Brasserie du pêcheur-Factortame III, cdo. 66.

⁴² Como señala el Abogado General G. Tesauro "la particular simpleza del asunto concreto" no le exigió hacer especiales consideraciones sobre la naturaleza del incumplimiento. Observaciones al asunto Brasserie du pêcheur-Factortame III. Rec. p. I-1100.