

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS JUDICIALES EN DERECHO COMUNITARIO*

PABLO MARTÍN RODRÍGUEZ**

SUMARIO

PRESENTACIÓN.—I. EL ANÁLISIS FUNCIONAL: LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHO COMUNITARIO. 1. LA EVOLUCIÓN HACIA LA UNIDAD DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD. 2. LA COMPLECIÓN DEL RÉGIMEN: LA EXTENSIÓN A LOS ACTOS JUDICIALES.—II. DEBILIDADES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN DERECHO COMUNITARIO Y SU PARTICULAR INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS JUDICIALES. 1. NO EXISTE UNA VERDADERA CONCEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS QUE PERMITA AFIRMAR SU CARÁCTER INHERENTE AL SISTEMA DEL TRATADO. 2. LA INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NO PERMITE ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES ASIGNADAS. 3. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CARECE DE UNA NATURALEZA CLARA Y MANTIENE UNA FALSA APARIENCIA DE OBJETIVIDAD. 4. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD RESULTANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ES UNITARIO SÓLO EN APARIENCIA. 5. LA NECESIDAD DE DELIMITAR EL ESPACIO CONSTITUTIVO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA IMPUTABLE A LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE ÚLTIMA INSTANCIA.—III. REFLEXIONES FINALES.

* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación BJU 2001-3014, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y por Fondos FEDER de la UE.

** Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada.

PRESENTACIÓN

Recientemente la construcción del sistema de responsabilidad por violación del Derecho comunitario parece haber alcanzado la plenitud en su formulación al incluir explícitamente a los órganos judiciales nacionales dentro de aquellos órganos internos que pueden comprometer al Estado miembro.

Esta inclusión, operada en el asunto *Köbler*¹, ha sido acogida como la extensión natural o lógica del régimen de responsabilidad del Estado e, incluso, como el cierre del sistema de responsabilidad en Derecho comunitario. Esta pretensión o imagen de cierre del sistema construido jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia ofrece la oportunidad, si es que no obliga a ello, de revisar desde esta nueva perspectiva el estudio de una materia que ha suscitado el mayor interés en la doctrina, particular y últimamente, también en la española².

El asunto reviste interés en la medida en que la responsabilidad del Estado (acaso, en general, de los poderes públicos) en Derecho comunitario aparenta ser tributaria más de una construcción funcional (basada o sustentada en las funciones que desempeña o en las necesidades que cubre este llamado principio) que de una construcción conceptual, por más que la tradicional afirmación del Tribunal acerca de «su carácter inherente al sistema del tratado» parezca trasladar un sesudo y sólido soporte dogmático. Estas debilidades conceptuales se hacen presentes, como no podría ser menos, en el caso de especie donde se ha internado el Tribunal de Justicia en el asunto *Köbler*, en particular por operar sobre ese espacio pantanoso que, aun desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos internos, conforma la responsabilidad del Estado por actos judiciales.

Si se puede concluir finalmente en la existencia de debilidades con-

¹ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, *Köbler*, Rec. p. I-10239. Citada en adelante como Sentencia *Köbler*.

² Entre la abundante bibliografía, destaquemos tres monografías de amplia extensión que han tratado la responsabilidad del Estado en estos últimos años: E. GUICHOT: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001; C. PÉREZ GONZÁLEZ: *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001; J. D. JANER TORRENS: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacional es por infracción del Derecho comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

ceptuales, convendrá entonces indagar qué consecuencias tienen sobre la vertiente instrumental del principio, ya de por sí frágil. En efecto, es lugar común indicar que uno de los grandes problemas, si no el principal, de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario es que descansa sobre la autonomía procedimental e institucional de los Estados, de forma que ha de articularse por las vías y ante los órganos que establezca el ordenamiento interno de cada Estado. La disparidad de los regímenes de responsabilidad, se advierte, es de tal magnitud que no parecen suficientes los conocidos principios de efectividad y equivalencia, según los cuales esta vía no debe ser más gravosa que la establecida para reclamaciones análogas, ni hacer muy difícil o prácticamente imposible la obtención de la reparación.

Esta instrumentación a través de los ordenamientos internos obligaría, para un estudio completo de la responsabilidad del Estado por actos judiciales, a analizar las vías procesales reconocidas, cuando menos, por el Derecho español con el fin de determinar en qué medida articulan un cauce idóneo para la exigencia de responsabilidad al Estado³. El tema no es baladí: a pesar de su reconocimiento aparentemente generalizado, todos los ordenamientos internos provienen de una tradicional «irresponsabilidad» del Estado por actos judiciales; esto explica la severidad de los regímenes actuales y, también, las opiniones mayoritariamente críticas que suscitan. Así ocurre en nuestro país: aunque el Derecho español reconoce la responsabilidad del Estado en caso de error judicial y de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 121 CE y 292-297 LOPJ), el régimen establecido es exigente, largo y costoso tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo⁴. Los serios temas que se encuentran

³ Así lo hace en un reciente comentario E. COBREROS MENDAZONA: «La responsabilidad por actuaciones judiciales», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 10, 2004, pp. 289-316. Sobre el error judicial, puede consultarse esta bibliografía: L. DELGADO DEL RINCÓN: «La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez en el Ordenamiento jurídico español», *RVAP*, núm. 50, 1998, pp. 75-104; A. HERNÁNDEZ OLIVENCIA: *El error judicial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Trivium, Madrid, 1995; V. HERNÁNDEZ MARTÍN, F. AZPEITIA GAMAZO, J. VILLAVILLA MUÑOZ y C. GONZÁLEZ LEÓN: *El error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*, Civitas, Madrid, 1996; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2000, 2ª ed., pp. 97-ss.; J. MONTERO AROCA: *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988.

⁴ J. MONTERO AROCA: *op. cit.*, p. 129; A. HERNÁNDEZ OLIVENCIA: *op. cit.*, p. 75; V. HERNÁNDEZ MARTÍN y otros: *op. cit.*, p. 168.

en la base de la responsabilidad del Estado por actos judiciales impiden su enjuiciamiento ligero y demandan cautela en su confrontación con las exigencias del Derecho comunitario y, especialmente, el principio de efectividad. Por esta razón excede del espacio del que disponemos y sólo aludiremos ocasionalmente.

I. EL ANÁLISIS FUNCIONAL: LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHO COMUNITARIO

1. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO: HACIA LA UNIDAD DE RÉGIMEN

El principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario no nace *ex nihilo* en el año 1991 con la sentencia *Franovich*. Aunque en los primeros momentos hubo una fuerte tendencia (incluso en el propio Tribunal de Justicia) a desvincularlo de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, es ahí donde encuentra su fondo normativo, como así parece demostrarlo su etapa final. En la evolución de esta cuestión, se ha podido observar con claridad la creciente dificultad que experimentaba el TJ para justificar «la separación entre ambas responsabilidades»⁵. En particular, cuando la generalización del principio de responsabilidad con respecto a todo incumplimiento del Estado se convierte en una presión irresistible sobre el régimen extremadamente riguroso para exigir responsabilidad a las Instituciones comunitarias por los daños causados⁶.

Aunque vincular responsabilidad del Estado y responsabilidad extracontractual de las Comunidades parezca remontarnos en exceso al pasado, es útil hacerlo porque ese origen ilustra sobre dos aspectos⁷. En primer lu-

⁵ Véase la tradicional explicación en E. COBREROS MENDAZONA: *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, IVAP-Civitas, Madrid, 1994, pp. 39-45.

⁶ Así lo pone de manifiesto, en una de las contribuciones de referencia en esta materia, C. KILPATRICK: «The Future of Remedies in Europe», en C. KILPATRICK, T. NOVITZ y P. SKIDMORE (eds.): *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 8-9.

⁷ Vid. M. WAELBROECK: «Article 178», *Commentaire Megret*, Tomo 10 (*Le droit de la CEE*), 1993, pp. 279-308.

gar, permite advertir que *el régimen que diseña el Tratado no es conceptual sino funcional*: la responsabilidad no se concibe como un mecanismo «inherente al sistema del Tratado», sino que se articula como un medio para cubrir una necesidad o desempeñar una función: ante la posibilidad de que las instituciones comunitarias o sus agentes causen daños a terceros, es necesario decidir cuáles deben indemnizarse. En segundo lugar y en consonancia con su concepción funcional, *el régimen que diseña el Tratado CE es intencionadamente pretoriano*. En efecto, el Tratado CE se limita a establecer principio (art. 288.2) e instrumento procesal (art. 235)⁸. El sistema deja sencillamente en manos del Tribunal la labor de elaborar la construcción sobre la que deba operar el principio, al dotarlo de una exigua herramienta: los principios generales comunes a los ordenamientos internos⁹.

Con esta configuración, es lógico que la responsabilidad, fruto de la jurisprudencia comunitaria, desembocara en un sistema muy pegado al terreno, con atención preferente al hecho de que, salvo excepciones¹⁰, la actividad de las instituciones es de carácter normativo (en un contexto de intervención económica) y se dirigiera, en consecuencia, a limitar rigurosamente los casos en que la Comunidad podía verse obligada a indemnizar los daños causados.

En los años 70, desde el asunto *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, se estabiliza la exigencia, derivada de un aparente recurso al ordenamiento jurídico

⁸ Frente al TCE, el art. 40 TCECA sí optó con claridad por un sistema de responsabilidad basado en la culpa o «*faute de service*», calcado del francés. Cuestión distinta es que el TJ no haya aplicado un régimen similar para ambos (véase J.-G. HUGLO: «Responsabilité extracontractuelle», *Juris-Classeur. Europe*, 1999, Fasc. 370, pp. 4-ss. y Fasc. 371, pp. 2-ss. Estas referencias al TCECA han desaparecido en la nueva versión, actualizada en 2004. Las citas están referidas a la edición de 1999).

⁹ Vid. S. GROSSRIEDER TISSOT: «La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission», *RTDE*, vol. 37, 2001, pp. 91-121.

¹⁰ Es distinto el talante con que el TJ ha enjuiciado supuestos de responsabilidad de la Comunidad no derivados de actos normativos, aunque también aplique, como señala Muñoz Machado, el «principio de responsabilidad por falta consistente, al menos, en una ilegalidad». No sólo no se exige una violación suficientemente caracterizada, sino que resalta este autor supuestos en que el TJ ha relativizado esta exigencia, aplicando bien la técnica de la «presunción de falta» (asunto *Leussink*), bien una flexibilización del concepto mismo de falta (asuntos *Hamill* o *Adams*). Al respecto, véase S. MUÑOZ MACHADO: «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo», contenido en su obra *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas. Y otros estudios sobre responsabilidad*, Civitas, Madrid, 1998, 2ª ed., pp. 328-ss.

alemán («*Schutznormtheorie*»), de una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de Derecho destinada a proteger a los particulares. Como han señalado Liñán y Mangas, «este pronunciamiento de principio ha sido concretado y desarrollado por una abundante jurisprudencia posterior, que ha acentuado su carácter restrictivo para los particulares y ha inmunizado, en buena medida, la actividad legislativa comunitaria contra posibles acciones indemnizatorias»¹¹. Es significativo que, junto a adicionales y severas exigencias¹², perdure expresamente entre las variadas justificaciones del sistema avanzadas por el Tribunal que «el ejercicio de la función legislativa (...) no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija tomar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares»¹³.

Esta falta de construcción dogmática en el sustrato normativo explica en alguna medida la libertad de contornos con los que apareció y fue recibido el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario sentado por el Tribunal en el asunto *Francoovich*. Aunque se podía haber recurrido a algunos antecedentes de interés¹⁴, pre-

¹¹ A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2004, 4ª ed., p. 474.

¹² A final de los 70, en una serie de asuntos (*Bayerische HNL*, *Ireks-Arkady*, *Getreide*, *Amylum*, *Koninklijke*, *Dumortier*) el TJ hace aún más severo el régimen exigiendo una ilegalidad manifiesta «rayana en lo arbitrario» y, también, un daño especial y anormal (el *Sonderopfer* de inspiración alemana), que exceda de los riesgos normales de la actividad económica en causa, entre otros. Sobre su evolución, véase E. GUICHOT: *op. cit.*, pp. 252-276 y J.-G. HUGLO: *loc. cit.*, Fasc. 371, pp. 6-ss. Este régimen clásico es analizado por la contribución, en este aspecto desfasada, de S. GROSSRIEDER TISSOT: *loc. cit.*, pp. 103-116.

¹³ Es su clásico enunciado en la Sentencia de 25 de mayo de 1978, asuntos acumulados 83 y 95/76,4, 15 y 40/77, *Bayerische HNL*, apdos. 5-6, Rec. p. 1209, que recoge literalmente la Sentencia de 5 de marzo de 1996, C-46 y 48/93, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, Rec. p. I-1147, apdo. 45.

¹⁴ Con anterioridad a *Francoovich*, existía un cierto acervo doctrinal y jurisprudencial (comunitario y nacional) que abogaba por la afirmación de la responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario, se veía obligado a remitirse al régimen nacional de responsabilidad y padecía, lógicamente, una grave indecisión en su fundamentación jurídica. Sobre estos interesantes antecedentes que, por carecer de regulación expresa donde basarse, se tenían que inclinar o apuntar más a fundamentos y razonamientos conceptuales, véanse los completos repases de J. D. JANER TORRENS: *op. cit.*, pp. 75-ss. y C. PÉREZ GONZÁLEZ: *op. cit.*, pp. 48-102.

valeció la visión del principio como un instrumento más —funcional, por tanto— para reforzar la efectividad del Derecho comunitario, actuando sobre aquellos casos en los que las herramientas existentes (efecto directo e interpretación conforme, declaración judicial del incumplimiento) parecían haber fallado —señaladamente, la ausencia de eficacia directa de directivas no transpuestas por el Estado o su alegación en relaciones entre particulares¹⁵.

La impronta funcional era tan clara que cabía dudar de que la fórmula *Francovich* fuera aplicable en caso de disposiciones con efecto directo y no alcanzaba a explicar su alejamiento respecto al régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad¹⁶. El sistema funcionó mientras se mantuvo en supuestos similares como *Faccini Dori* o *Wagner Miret*.

La dificultad emerge cuando no se trata de llenar ese hueco que posibilita la conformación jurídica de la directiva y que con tanta claridad reflejan los requisitos sentados por el TJ en *Francovich*, sino de establecer cuáles son las consecuencias que el Derecho comunitario asocia a su incumplimiento por parte de un Estado miembro, esto es, cuando se trata de generalizar o de fijar un auténtico régimen de responsabilidad.

La entidad de los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* —que cuestionaban leyes emanadas de los Parlamentos nacionales— obliga al Tribunal de Justicia a enunciar un régimen general que finalmente será más cauto en la afirmación de la responsabilidad del Estado, pues no surgirá de todo incumplimiento del Derecho comunitario: la jurisprudencia *Brasserie* resuelve que, en aquellos casos en que el Estado goza de margen de apreciación, sólo una violación suficientemente caracterizada de una norma de Derecho comunitario que tenga por objeto conferir derechos a los

¹⁵ Harlow resume la otra gran interpretación (más complementaria que opuesta) de la jurisprudencia *Francovich*, cuando sentencia: «Arguably, the decision was aimed neither at compensation nor at civil liability but at *punishment and deterrence*, the Court's real motive being to fill a gap in the very limited set of *remedies available to it* when a Member State failed to rectify an established infringement of EC Law» (C. HARLOW: «The Current State of State Liability», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2002, núm. 4, p. 915, cursiva añadida). Esta complementariedad está en la base del frecuentado lugar que sostiene el doble fundamento de la responsabilidad del Estado que afirma el propio TJCE en la Sentencia *Brasserie*, citada, apdo. 39.

¹⁶ Cfr. J. D. JANER TORRENS: *op. cit.*, pp. 219-220. Igualmente esclarecedoras son las dificultades del Abogado General Léger por justificar la distinción en el asunto *Hedley Lomas* (Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995 en el asunto en que recayó Sentencia de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. pp. I-2587-89, puntos 138-146).

particulares obliga a indemnizar los daños directamente causados. Esta aseveración dejaba pendientes dos cuestiones principales:

1.- Al convertir el concepto de *violación suficientemente caracterizada* en la clave del régimen de responsabilidad del Estado (el Tribunal deja a menudo a los jueces nacionales la apreciación del daño y del nexo causal), se hacía preciso identificar sus elementos significativos. En el asunto *Brasserie*, el Tribunal estandariza su definición como «una 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» (apdo. 55) y ofrece en una fórmula que se ha consolidado aquellos elementos a los que debe acudir para determinar si ésta se ha producido¹⁷.

2.- El TJ debía decidir la suerte de la fórmula *Francovich* que no estaba en consonancia con la nueva jurisprudencia. La sentencia, también de 1996, dictada en el asunto *Dillenkofer* da respuesta a esta cuestión, dotando de unidad al régimen de responsabilidad del Estado, al calificar la no transposición de una directiva como una violación suficientemente caracterizada: en la medida en que la obligación de transponer una directiva no deja margen de apreciación, no adoptar ninguna medida para la transposición de la directiva es una vulneración manifiesta y grave de los límites impuestos al Estado en el ejercicio de sus facultades (apdo. 26)¹⁸.

¹⁷ Estos son «el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario» (apdo. 56). En todo caso —y esto muestra la pervivencia de las consideraciones funcionales de la construcción—, la violación es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia declarativa del incumplimiento o existe una jurisprudencia reiterada en la materia de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento (apdo. 57).

¹⁸ Aunque este paso había sido allanado por el asunto *Hedley Lomas*, dos años después la cuestión es algo más compleja. En el asunto *Brinkmann* (Sentencia de 24 de septiembre de 1998, C-319/96, Rec. p. I-5281), el Tribunal matiza la jurisprudencia *Dillenkofer*, al entender que en las especiales circunstancias de este caso no se había producido una violación suficientemente caracterizada: a pesar de que no había habido transposición de la directiva, las autoridades administrativas trataron de darle aplicación directa e hicieron una interpretación no irrazonable. Sobre

La generalización del régimen de responsabilidad del Estado realizada por *Brasserie du pêcheur* se consigue remitiéndose «sustancialmente» —dice la propia sentencia— a la responsabilidad de la Comunidad. Esta unificación, que manifiesta las crecientes pretensiones de sistema de la construcción, planteaba junto con algunos juicios críticos¹⁹, la necesidad de justificar un único régimen de responsabilidad para los Estados mientras persistía un teórico doble régimen para la responsabilidad de la Comunidad en razón del tipo de acto²⁰.

En este contexto, el tercer paso viene dado por la Sentencia dictada en el asunto *Bergaderm*²¹, que pone fin a la diferenciación de regímenes dando cumplimiento a la promesa de *Brasserie*. Así, primero, equipara el régimen de responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario de la Comunidad y los Estados miembros (apdos. 40-44) y, segundo, elimina el doble régimen anterior que atendía al carácter general o particular del acto de la Institución (apdo. 46).

De esta manera, una vez generalizado el régimen de responsabilidad del Estado en *Brasserie* y extendido a la Comunidad por la sentencia *Bergaderm*, la construcción jurisprudencial alcanza madurez y estabilidad²². Por esto, el asunto *Köbler* no constituye innovación alguna, sino la natural aplicación de una jurisprudencia consolidada, del germen del *ius commune* de la responsabilidad de los poderes públicos o, aún más general, de todos los sujetos en Derecho comunitario²³.

este asunto y sus interesantes implicaciones, véase G. ANAGNOSTARAS: «The allocation of responsibility in State liability actions for breach of Community Law: a modern gordian knot?», *ELR*, vol. 26, 2001, pp. 139-158; T. TRIDIMAS: «Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?», *CMLR*, vol. 38, 2001, pp. 305-ss.

¹⁹ La cuestión relativa a la unificación del régimen de responsabilidad de los Estados y la Comunidad no era ni es pacífica (Cfr. C. PÉREZ GONZÁLEZ: *op. cit.*, pp. 160-162). *Vid.* en especial, la posición que mantiene E. GUICHOT: *op. cit.*, pp. 550-560.

²⁰ *Ad ex.* S. GROSSRIEDER TISSOT: *loc. cit.*, p. 121. *Vid.* también nota anterior.

²¹ Sentencia de 4 de julio de 2000, C-352/98 P, *Bergaderm*, Rec. p. I-5291.

²² Sobre la significación de la sentencia *Bergaderm*, véase T. TRIDIMAS: *loc. cit.*, pp. 321-331, que entiende que «confirma la tendencia a ver a la Comunidad y a los Estados como órganos separados de mismo orden constitucional» (p. 332).

²³ La Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, C-453/99, Rec. p. I-6297, puede entenderse como base para la extensión del régimen de responsabilidad a las violaciones cometidas por particulares. Así lo sostiene, en una contribución actualizada y sólida, de muy conveniente consulta, C. KREMER: «Liability for Breach of European Community Law: An Analysis of the New Remedy in the Light of English and German Law», *YEL*, vol. 22, 2003, pp. 203-247.

2. LA COMPLECIÓN DEL RÉGIMEN COMUNITARIO DE RESPONSABILIDAD
DE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES: LA EXTENSIÓN
A LOS ACTOS JUDICIALES EN LA SENTENCIA *KÖBLER*

La extensión de la responsabilidad del Estado por actos judiciales contenida en la sentencia *Köbler* es, seguramente, la evolución natural del régimen construido jurisprudencialmente²⁴, pero no debe oscurecer que afronta precisamente una cuestión que era muy debatida y cuyo fallo viene a revertir una clásica posición contraria, que sólo empezó a ceder con la afirmación, a estos efectos, del llamado principio de unidad del Estado en el asunto *Brasserie*.

En efecto, la posibilidad de que el Estado pueda verse comprometido como consecuencia de la actuación de sus tribunales no se plantea por primera vez con el asunto *Köbler*, sino que ya había sido tratada con anterioridad por las instituciones, en particular por la Comisión y el Parlamento en el marco del recurso por incumplimiento del Estado. De sus discusiones cabía deducir una aceptación del principio y una renuncia a su aplicación ordinaria o generalizada²⁵, lo que por otra parte era la visión más común en la doctrina, que apuntaba el respeto de la independencia de los órganos judiciales y la necesidad de mantener un espíritu de cooperación y concordia con ellos como las razones de fondo²⁶.

La situación no cambia radicalmente con el asunto *Brasserie*. Es verdad que no se trataba del primer pronunciamiento en este sentido —es habitual el recurso a la Sentencia de 5 de mayo de 1970, Comisión c. Bélgica—, pero su generalidad y el hecho de insertarse en un supuesto de responsabilidad del Estado por actos de otro órgano constitucionalmente

²⁴ L. N. GONZÁLEZ ALONSO: «La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracciones del Derecho comunitario imputables a sus órganos jurisdiccionales. A propósito de la Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (C-224/01)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 3, <http://www.iustel.com>. «Prolongación armoniosa» la denomina el Abogado General Léger en sus Conclusiones al asunto *Köbler* presentadas el 8 de abril de 2003, punto 52.

²⁵ J. D. JANER TORRENS: *op. cit.*, pp. 184-189; G. ANAGNOSTARAS: «The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law», *European Public Law*, vol. 7, núm. 2, 2001, pp. 293-295; E. GUICHOT: *op. cit.*, p. 546, nota a pie 946.

²⁶ J. STEINER: «From direct effect to *Francoovich*: shifting means of enforcement of Community Law», *ELR*, vol. 18, 1993, p. 11, nota a pie 48.

independiente lo convierten en el punto de referencia más frecuentado²⁷. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia afirma expresamente que «el principio 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»²⁸.

Esta situación de incertidumbre daba una particular relevancia a un conjunto de asuntos en torno a esta peculiar posición de los órganos judiciales nacionales que estaba pendiente ante el Tribunal y que se ha resuelto en el último tramo de 2003, dando lugar a una suerte de «Carta de responsabilidad judicial»²⁹, aunque, en un sentido estricto, sólo el caso *Köbler* está específicamente referido a la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario imputable a órganos jurisdiccionales³⁰.

²⁷ Es una observación prácticamente unánime (*vid.* las contribuciones de C. Pérez González, E. Guichot, J.D. Janer Torrens, G. Anagnostaras, L.N. González Alonso, H. Toner o G. Vandersanden).

²⁸ Sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, citada, apdo. 32.

²⁹ En un sentido parecido se manifiesta D. Sarmiento en una interesante monografía de conveniente lectura (D. SARMIENTO: *Poder judicial e integración europea*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 245-ss.).

³⁰ Junto al caso *Köbler*, componen este conjunto los asuntos *Comisión c. Italia* y *Kühne*. El primero de ellos, de gran interés, es un recurso por incumplimiento contra Italia por razón de la interpretación que sus órganos judiciales realizan de la normativa interna —en principio neutra— relativa a la devolución de tributos contrarios al Derecho comunitario. Esta jurisprudencia era contraria a jurisprudencia consolidada del Tribunal en la materia, pues al invertir la carga de la prueba por el juego de presunciones no admitidas por el Derecho comunitario, hacía excesivamente difícil para el particular recobrar las cantidades indebidamente pagadas. Sorprendentemente el TJ condena a Italia por no modificar la normativa cuya interpretación judicial se discute. Véanse las Conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 3 de junio de 2003 y la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, C-129/00, *Comisión c. Italia*, aún no publicadas en la Recopilación.

A pesar de su apariencia, el asunto *Kühne* puede que tenga una gran repercusión sobre los sistemas administrativos, pues obliga a una revisión de las resoluciones administrativas definitivas en los casos en los que el sistema de protección judicial no ha sido efectivo, esto es, cuando el ordenamiento reconoce la facultad de reconsiderar la resolución; ésta adquirió firmeza en virtud de sentencia de un órgano de última instancia; dicha sentencia se basa en una interpretación del Derecho comunitario desautorizada con posterioridad por sentencia del TJ y fue dictada sin que se formulase cuestión prejudicial y, finalmente, el interesado se dirige al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia del TJ. Véase las Conclusiones del Abogado General Léger presenta-

El caso *Köbler* arranca de una normativa austriaca que establece un complemento especial para los Catedráticos que hubiesen prestado servicios durante 15 años en Universidades austriacas. Al Sr. Köbler —Catedrático de la Universidad de Innsbruck— se le deniega este complemento, pues no alcanzaba el período exigido si no se computaban los años que había trabajado en Universidades de otros Estados miembros. El Sr. Köbler impugna esta denegación alegando que la normativa austriaca constituye una discriminación indirecta contraria al Derecho comunitario. El órgano judicial supremo de lo contencioso—administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) decide suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

En la medida en que el órgano *a quo* afirmaba en su resolución de remisión que no se trataba de una prima de fidelidad, el TJ estima que la sentencia dictada en el asunto *Schöning-Kougebetopoulou*³¹ resuelve esta cuestión y acude a la práctica extraestatutaria de informar de ésta a través del Secretario del Tribunal incitando a la retirada de la cuestión —en puridad, el Secretario pregunta al órgano si «a la luz de esa sentencia juzga necesario mantener su petición de decisión prejudicial»—. El *Verwaltungsgerichtshof* retira efectivamente la cuestión entendiendo que el TJ daba la razón al Sr. Köbler, pero en un giro insospechado dicta sentencia el 24 de junio de 1998, denegando el complemento en cuestión al considerar, en virtud de su derecho interno, que sí es una prima de fidelidad y que la Sentencia *Schöning-Kougebetopoulou* sostiene que dichas primas pueden entrañar lícitamente un obstáculo a la libre circulación de trabajadores.

Ante esta situación, el Sr. Köbler sólo puede dirigirse a otro órgano jurisdiccional (*Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien*) demandando una indemnización a la República de Austria por los daños causados por la sentencia del *Verwaltungsgerichtshof*, que constituye una violación del Derecho comunitario. Este órgano formula una cuestión prejudicial planteándole al Tribunal de Luxemburgo cinco preguntas en torno al principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento imputable a un órgano judicial de última instancia y a su aplicación al caso.

das el 17 de junio de 2003 y la Sentencia de 13 de enero de 2004, C-453/00, Kühne y Heitz, aún no publicadas en la Recopilación. Sobre esta sentencia puede verse, P. MARTÍN RODRÍGUEZ: «La revisión de los actos administrativos firmes: ¿un nuevo instrumento de la primacía y efectividad del Derecho comunitario», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 5, 2004, <http://www.iustel.com>.

³¹ Sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, C-15/96, Rec. p. I-47.

El Tribunal estructura su razonamiento en tres bloques. Destina un primer apartado a afirmar el principio a); el segundo lo ocupa en analizar si la sentencia interna en cuestión aplica correcta o incorrectamente el Derecho comunitario (fondo sustantivo) b), mientras que, gracias al tenor de la quinta pregunta formulada, en el tercero puede entrar a determinar el fondo de la responsabilidad, esto es, si en el caso concreto Austria ha comprometido su responsabilidad —si ha habido violación suficientemente caracterizada— c).

a) La extensión del principio de responsabilidad a los órganos judiciales planteaba esencialmente dos órdenes de problemas: superar los argumentos en contra y justificar, de haberlo, un régimen específico.

El primero lo solventa el Tribunal con soltura en el apartado 33 de la sentencia partiendo de la clásica fundamentación del principio de responsabilidad en el Derecho Comunitario: Amén acudir *a fortiori* (y *ad abundantiam*) al argumento del principio de unidad del Estado en Derecho internacional —al que añadirá posteriormente el reconocimiento de responsabilidad del Estado por actos judiciales en la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros y la propia existencia de la satisfacción equitativa del art. 41 del CEDH—, la responsabilidad del Estado, inherente al sistema del Tratado, se fundamenta en la necesidad de lograr la plena efectividad del Derecho comunitario y de proteger los derechos que los particulares obtienen de sus normas. El TJ destaca este último aspecto por lo trascendental que es la función de los órganos judiciales para la protección de los derechos de los particulares, en especial los de última instancia (apdo. 34).

Ninguna de las razones avanzadas en contra convence al Tribunal³². Se desmonta en primer lugar el argumento que pretendía sacar del principio de seguridad jurídica (a través de la fuerza de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales) un espacio de inmunidad para los Estados. El Tribunal con buen criterio señala que el proceso por responsabilidad no coincide con el proceso a cuya resolución se le imputa la violación del Derecho comunitario ni en el objeto litis (incluida la *causa petendi*) ni necesariamente

³² Están bien tratados y sopesados los argumentos relativos a la cosa juzgada y la independencia del poder judicial en G. ANAGNOSTARAS: «The Principle...», *loc. cit.*, pp. 284-291. También es ilustrativa la contribución de H. Toner que, al ajustarse al ordenamiento británico que desconoce la institución de la responsabilidad del Estado por actos judiciales, repasa, para desecharlos, los argumentos que se opondrían a su reconocimiento (H. TONER: «Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after *Factortame (III)*», *YEL*, vol. 17, 1997, pp. 169-177).

en las partes, por lo que no constituye un ataque a la «santidad de la cosa juzgada». Lo significativo es que el Tribunal pone el principio de responsabilidad a salvo de la cosa juzgada a través de la afirmación de su alcance limitado: «En todo caso, —dice el Tribunal— el principio de la responsabilidad del Estado *inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación pero no la revisión* de la resolución judicial que haya causado el daño»³³. Importa destacar esta operación, porque no encaja a la perfección ni con la visión de la seguridad jurídica y de los efectos de las sentencias prejudiciales de interpretación que se mantiene en el asunto *Kühne*, ni acaso tampoco en la propia sentencia *Köbler*³⁴.

En segunda instancia, el Tribunal, más que rechazarlo, se deshace del argumento referente a la independencia del Poder judicial³⁵. En efecto, con un simplismo improcedente dada la materia y la significación de sus pronunciamientos, el TJ asevera que no se compromete la responsabilidad personal del juez, sino la del Estado, por lo que «no parece que la posibilidad de exigir, en determinadas condiciones, la responsabilidad del Estado por las resoluciones judiciales contrarias al Derecho comunitario suponga riesgos particulares para la independencia de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia»³⁶.

³³ Sentencia *Köbler*, citada, apdo. 39, cursiva añadida. El tema está mejor construido en las Conclusiones del Abogado General Léger, citadas, puntos 42-51.

³⁴ En efecto, en el asunto *Kühne* afirma el Tribunal que «la seguridad jurídica es uno de los principios generales reconocidos por el Derecho comunitario. La firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad y debido a ello, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza». El hecho de que en este asunto, en lugar de aplicar este pronunciamiento, lo exceptúe, permite pensar que el TJCE está ofreciendo la explicación del citado apartado de la Sentencia *Köbler*. No le queda a la zaga el apdo. 125 de esta última sentencia que analizaremos *infra*.

³⁵ Junto a él se estudia la alegación británica, más comprensible en contextos de *common law*, que aludía a la necesidad de proteger la autoridad del sistema judicial interno para mantener la confianza de los ciudadanos en él. Naturalmente, como señala el Tribunal, el ciudadano tendrá mejor opinión de un ordenamiento que repare los daños causados por las resoluciones judiciales erróneas (Sentencia *Köbler*, apdo. 43).

³⁶ Concebir la independencia judicial en términos tan rudimentarios como hace el Tribunal, le permite, a fin de cuentas, obviar la gran problemática que plantea este principio en su aplicación a los órganos jurisdiccionales: dónde se sitúa la divisoria de competencias entre los órganos judiciales nacionales y el Tribunal de Luxemburgo. Véase *infra*.

Afirmado el principio, el Tribunal no cede a la tentación de establecer un régimen específico, de manera que mantiene los requisitos clásicos de la responsabilidad: el objeto de la norma ha de ser conferir derechos a los particulares, debe haber una violación suficientemente caracterizada y un nexo de causalidad directa entre el daño sufrido y el incumplimiento del Estado. No obstante, los argumentos desechados por la puerta entran por la ventana de la violación suficientemente caracterizada³⁷, en una tendencia que ya es habitual. Así, el Tribunal mantiene los indicadores conocidos: precisión, intencionalidad de la violación, carácter excusable del error de Derecho, posición seguida por las instituciones, existencia de jurisprudencia en la materia, a los que añade lógicamente, pero sin apenas resaltarlos, el incumplimiento de la obligación que el art. 234 TCE impone a los órganos jurisdiccionales de última instancia. Además, introduce la especificidad de la función jurisdiccional y las «exigencias legítimas» derivadas de la seguridad jurídica como criterios para apreciar si el órgano del Estado en cuestión ha inobservado grave y manifiestamente los límites del margen de apreciación del que dispone en la aplicación de la norma comunitaria, de manera que esta responsabilidad «solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable» (apdo. 53).

Naturalmente, el Tribunal señala que corresponde al ordenamiento interno fijar el procedimiento y el órgano ante el que se sustanciará la responsabilidad, siempre sujeto a los límites que imponen los principios de equivalencia y efectividad. Esto significa un resurgimiento de la jurisprudencia *Oleificio Borelli* en aquellos ordenamientos que desconocen esta institución³⁸. Aquí se advierte la pertinencia de la alegación del respeto del principio de imparcialidad, pues se «obliga» al ordenamiento jurídico interno a encontrar un órgano jurisdiccional (distinto del supremo que es quien dictó la resolución errónea) para que enjuicie si ha habido o no violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario³⁹.

³⁷ L. N. GONZÁLEZ ALONSO: *loc. cit.*

³⁸ Con esta afirmación responde el TJ a la segunda pregunta formulada por el juez austriaco, pues su ordenamiento rechaza la posibilidad de responsabilidad derivada de las sentencias del *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal supremo), lo que le planteaba problemas para afirmar su propia competencia.

³⁹ Sobre estas dificultades llama la atención G. ANAGNOSTARAS: «The Principle...», *loc. cit.*, pp. 295-297. La propia regulación española del error judicial afronta esta cuestión: todos aquellos recursos por error contra sentencias de Tribunales inferiores se sustancian ante la Sala del correspondiente del TS. Cuando la sentencia

b) El segundo bloque de la sentencia está dedicado a determinar que el complemento especial por antigüedad constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores que, según jurisprudencia consolidada⁴⁰, debe estar justificado por razones imperiosas de interés general. El hecho de que sea calificada como prima de fidelidad no altera la anterior exigencia, pues «hasta ahora el Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión de resolver si una prima de fidelidad puede justificar un obstáculo a la libre circulación de trabajadores»⁴¹. En la operación —bastante defectuosa— de ponderación de los intereses en juego, el Tribunal resuelve que dicha medida, que el órgano interno interpreta como una prima de fidelidad, no está justificada a la luz del Derecho comunitario⁴².

c) Por último, Luxemburgo afronta en la parte final la calificación concreta del comportamiento del *Verwaltungsgerichtshof* a efectos de surgimiento de la responsabilidad del Estado.

El Tribunal repasa de nuevo y con profundidad el desarrollo del procedimiento ante el órgano interno para poder deducir que el órgano jurisdiccional debió mantener su cuestión prejudicial, puesto que con posterioridad cambió la calificación jurídica de la medida, entendiéndolo que constituía una prima de fidelidad. Como el Tribunal de Justicia no se ha-

tachada de errónea procede del propio Tribunal Supremo se desarrolla ante una Sala especial cuya composición establece el artículo 61 LOPJ. La reciente controversia suscitada por la condena de los Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del TS ilustra sobre las graves dificultades que un ordenamiento padece cuando no tiene previsto el órgano judicial ante el que sustanciar una controversia (véase, <http://www.laley.net/temas>, tema2101.html a tema2103.html).

⁴⁰ Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apdo. 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apdo. 37, y de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apdo. 104.

⁴¹ Sentencia Köbler, apdo. 80. El Tribunal trata de protegerse, desde el principio, de la interpretación incorrecta que el órgano austriaco hizo de su jurisprudencia anterior (Schöning-Kougebetopoulou).

⁴² El Tribunal se encuentra en un callejón sin salida. No puede contradecir la interpretación que el órgano interno realiza del Derecho nacional, esto es, que se trata de una prima de fidelidad. Por eso tiene que admitir que sea un complemento que abona un único empleador (el Estado austriaco) persiguiendo un objetivo legítimo de política de investigación. Sin embargo, para concluir en su carácter ilícito contrario a la libre circulación de trabajadores, no aporta en realidad más justificación que la de no ser una prima de fidelidad (léanse los apartados 84 a 86 de la Sentencia).

bía pronunciado sobre la compatibilidad de éstas con el Derecho comunitario, no podía aplicar la doctrina del acto claro ni aclarado (apdo. 118). Al interpretar erróneamente la sentencia *Schöning-Kougebetopoulou*, el órgano supremo austriaco violó la prohibición de discriminación de los artículos 48 del TCE y 7 del Reglamento 1612/68 (apdo. 119).

La sorpresa de la sentencia se produce cuando el Tribunal, al enjuiciar esta violación, la califica como no suficientemente caracterizada, puesto que ni el Derecho comunitario regula expresamente la cuestión (!), ni existía jurisprudencia al respecto. La afirmada violación del artículo 234 TCE al no haber mantenido la cuestión prejudicial no desvirtúa, dice el Tribunal, la conclusión anterior.

Es llamativo que las razones alegadas sean tan frágiles. En efecto, si las normas básicas de la libre circulación de trabajadores carecen de claridad por el hecho de no regular en concreto, y según lo califique el ordenamiento interno, todo componente de la retribución del trabajador, no cabrá esperar fácilmente casos donde actúe este principio y se repare el daño causado por la violación. Por otra parte, lo excusable de la lectura errónea que el órgano hace de la Sentencia *Schöning-Kougebetopoulou* no aparece en el razonamiento del Tribunal y, de dos una: o la sentencia era poco clara, o siempre es excusable leer erróneamente sentencias.

La razón de fondo de este salto lógico, que podría dar pábulo a interpretaciones que afinan en la política judicial del Tribunal para la afirmación de los avances jurisprudenciales que pueden suscitar el rechazo de los Estados⁴³, hay que buscarla, a nuestro juicio, no sólo en una excelente y habilísima defensa jurídica del Gobierno austriaco (apdos. 92-97), sino en que el Tribunal contribuyó a la producción del error mediante el recurso a un procedimiento informal y extraestatutario, esto es, sin fundamento jurídico, cuyo fin, por otra parte legítimo, es reducir su volumen de trabajo.

El Tribunal no esconde haber acudido, en este asunto, al procedimiento por el que el Secretario del Tribunal remite una sentencia que, a su juicio, resulta aplicable al caso y, cuando menos, incentiva la retirada de la cuestión prejudicial. Ya era pública la existencia de este recurso informal y en la práctica judicial española tenemos supuestos incluso de las

⁴³ K. J. ALTER: «Who Are the «Masters of the Treaty»? European Governments and the European Court of Justice», incluida en la última entrega de la siempre interesante discusión entre Garret y Slauhgter-Mattli (vid. *International Organization*, vol. 52, núm. 1, 1998, pp. 121-209).

consecuencias de no retirarla, esencialmente, la respuesta mediante Auto del Presidente del TJ⁴⁴.

Sin embargo, en lugar de asumir su contribución al error (a efectos de la caracterización de la violación, cabe tener en cuenta «la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario» —*Brasserie dixit*—) y, o bien desterrar la utilización de este azaroso procedimiento hasta disponer de fundamento jurídico⁴⁵, o bien aceptar su pertinencia y también sus posibles consecuencias —como, por ejemplo, afrontar una reclamación de responsabilidad—, el Tribunal deja al órgano jurisdiccional nacional de última instancia en una situación poco airosa —por el ínfimo nivel de conocimiento del Derecho comunitario que se le exige— y al principio de responsabilidad en una suerte de cima inalcanzable⁴⁶.

Con independencia de estas críticas, desde un análisis funcional parece haberse cerrado el círculo que asegura la efectividad del Derecho comunitario y la protección de los particulares: una vez que la primacía y, por tanto, el respeto de los derechos que concede el Derecho comunitario a los individuos (efecto directo) se impone a todos los órganos del Estado (*Costanzo*) y, en su defecto, el principio de tutela judicial abre su pro-

⁴⁴ Auto del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 2001, CIG c. SERGAS (C-241/99, Rec. p. I-5156), apdo. 25.

⁴⁵ Lo aventurado de este procedimiento procede de que no siempre el órgano judicial interno acierta *in limine litis* en el enunciado de la cuestión prejudicial. La práctica española también nos ilustra sobre este extremo. El desenlace del asunto Fernández de Bobadilla sería incomprensible si uno no advierte que el juez español planteó la cuestión creyendo que la profesión de restaurador era no regulada. El fallo del Tribunal se refiere a profesiones no reguladas, pero en el cuerpo de la sentencia llama la atención sobre el hecho de que la regulación de una profesión es un concepto de Derecho comunitario y no de Derecho interno. Dicha aclaración hace que el órgano jurisdiccional resuelva el fondo calificando la profesión de restaurador como una profesión regulada donde se aplica el reconocimiento de titulaciones y no la homologación. Véanse la Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, Fernández de Bobadilla (C-234/97, Rec. p. I-4773) y la Sentencia 390/1999 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de 17 de noviembre, AS 1999\3564.

⁴⁶ Véanse las críticas de González Alonso, apoyadas además por la evidencia de que las Conclusiones del Abogado general proponían precisamente lo contrario. En contra de esta crítica, M. BREUER: «State Liability for judicial wrongs and Community law: the case of *Gerhard Köbler v. Austria*», *ELR*, vol. 29, núm. 2, 2004, pp. 249-ss.

tección jurisdiccional (*Johnston—Heylens*), cualquier fallo del sistema se contrarresta con la aparición de responsabilidad para todo órgano del Estado (*Brasserie*), incluido el judicial (*Köbler*). Hasta un eventual colapso del sistema, materializado en el no planteamiento de cuestión prejudicial y el mantenimiento de la medida contraria al Derecho comunitario, podría ser revertido por una jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia (*Kühne*).

II. DEBILIDADES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN DERECHO COMUNITARIO Y SU PARTICULAR INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS JUDICIALES

En el recorrido por la explicación tradicional que hemos realizado ya han ido apareciendo algunas de las deficiencias y aspectos oscuros que tiene la construcción jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. La gran debilidad de esta construcción se resume, en nuestra opinión, en que ni por su definición o configuración conceptual ni por su instrumentación jurídica, el sistema de responsabilidad diseñado por el Tribunal de Justicia puede responder a los fundamentos que se le asignan ni desempeñar las funciones últimas que pretende.

Exponer estas debilidades, sin embargo, no resulta sencillo, pues los aspectos conceptuales y de instrumentación jurídica se entremezclan, ya que el correcto desempeño de las funciones asignadas al sistema de responsabilidad depende en buena medida de la aptitud o idoneidad de la articulación jurídica y del dispositivo instrumental puesto a su servicio. Ahora bien, estas debilidades cabe detectarlas en la fundamentación jurídica, en la afirmación de las funciones atribuidas, en misma construcción y estructura (naturaleza y tipos) de la responsabilidad, así como en su última instrumentación jurídica.

1. NO EXISTE UNA VERDADERA CONCEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS QUE PERMITA AFIRMAR SU CARÁCTER INHERENTE AL SISTEMA DEL TRATADO

La responsabilidad como institución jurídica está lejos de ser unívoca. Aparte del significado que puede tener en otros contextos, existen jurídi-

camente dos grandes concepciones de la responsabilidad: cabe entenderla como un «mecanismo de resarcimiento de daños», o bien como un «mecanismo de garantía o sanción jurídica»⁴⁷. Ambas concepciones, que están presentes con tanta claridad en el Derecho internacional⁴⁸, no se alejan demasiado en la realidad y abarcan sustancialmente los mismos supuestos. Sin embargo, responden a diferentes lógicas y determinan, en consecuencia, sistemas y regulaciones jurídicas diferentes: mientras que el primero gira en torno al concepto de daño, el segundo lo hace sobre el concepto de ilícito⁴⁹.

Cuando el Tribunal califica la responsabilidad como un mecanismo «inherente al sistema del Tratado» sostiene, al menos en teoría, que alguna de las dos concepciones opera con respecto a la totalidad del ordenamiento comunitario. Parece claro que el lugar donde cabe encontrar la concepción que prevalece son los pretendidos fundamentos —más bien funciones— de la responsabilidad del Estado que el Tribunal cifra en la protección de los derechos de los particulares y la efectividad del Derecho comunitario. Sin embargo, esta presentación de las cosas no es convincente.

⁴⁷ Al respecto es de extraordinaria utilidad la consulta del monográfico editado a cargo de F. PANTALEÓN: *La responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 2000, núm. 4 (citado, en adelante, como AFDUAM).

⁴⁸ Vid. O. CASANOVAS LA ROSA: «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 218-ss.

⁴⁹ Es relativamente sencillo mostrar que ambas concepciones convergen en los supuestos principales. La responsabilidad, concebida como mecanismo resarcitorio, precisa definir qué daños deben ser indemnizados: naturalmente, en un ordenamiento jurídico entre estos están los daños que causan las violaciones de sus normas. En la medida en que gira en torno al concepto de daño, esta concepción no tiene dificultad en explicar la indemnización de daños causados por actos lícitos (responsabilidad objetiva), pero es incapaz de explicar figuras como los «daños punitivos» (Véase la contribución de F. Pantaleón, que mantiene, de forma incendiaria, la función normativa indemnizatoria de la responsabilidad: «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También de las Administraciones públicas», *AFDUAM*, 2000 (4), pp. 167-191, posición que, por otra parte, es esencialmente compartida por la mayoría de la doctrina, incluida la administrativista). Por su parte, la responsabilidad como garantía de las normas debe identificar las consecuencias de un acto ilícito y, entre estas, naturalmente está que, si se ha causado algún daño, se repare. Esta concepción puede explicar contenidos de la responsabilidad que exceden de la indemnización del daño (responsabilidad penal, prevención del ilícito), pero se ve impelida a concebir la responsabilidad objetiva como una «obligación legal de reparar» el daño causado (A. SANZ ENCINAR: «El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho», *AFDUAM*, 2000 (4), pp. 27-55).

Como punto de partida, podemos rechazar, con Abouddrar-Ravanel, que el sistema responda a una concepción resarcitoria. En efecto, esta autora señala, en un inteligente planteamiento de obligada consulta, que no cabe aceptar *tout court* la acumulación de ambos fundamentos, puesto que divergen desde los puntos de vista sustantivo y teleológico y, consecuentemente, deberían en buena lógica desembocar en sistemas de responsabilidad diferentes. El subjetivismo que impregna la noción de violación suficientemente caracterizada implica «el paso de una concepción objetiva de la responsabilidad, tendente exclusivamente a la reparación de los daños sufridos por el particular, a una concepción teñida de subjetividad [que] inicia un deslizamiento de una problemática de la reparación a una problemática de la sanción»⁵⁰.

A su vez, el mero hecho de que este principio sólo se active en los supuestos de violaciones suficientemente caracterizadas, mientras que desprotege todo otro caso de violación del Derecho comunitario lo priva de naturaleza de mecanismo de garantía y, si no invalida, sí matiza de forma sensible el fundamento alegado de la efectividad del Derecho comunitario. Sólo cuando la violación reviste una especial gravedad y se han perjudicado derechos de particulares emerge la responsabilidad del Estado consistente en la indemnización del daño causado⁵¹.

La no correspondencia con ninguna de las concepciones de la responsabilidad («garantista» o «resarcitoria») se evidencia en el asunto *Köbler*. Nos encontramos ante un claro supuesto de violación de una norma comunitaria que concede derechos al particular, según reconoce el propio Tribunal (apdo. 119). Sin embargo, el resultado no es la reparación de los daños causados al Sr. Köbler por la Sentencia del *Verwaltungsgerichtshof*, ni tampoco la efectividad del Derecho comunitario mediante la prevalencia y el reconocimiento de su derecho a la libre circulación. La relación de la efectividad del Derecho comunitario con la responsabilidad del Es-

⁵⁰ Corroborado, a su juicio, por la posibilidad de daños punitivos aceptada por el TJ en *Brasserie*. Todo ello le permite concluir que el fundamento verdadero de este principio es la efectividad de la primacía del Derecho comunitario y cuestionar su idoneidad (S. ABOUDDRAR-RAVANEL: «Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficacité de l'outil», *RMCUE*, núm. 431, 1999, pp. 546-ss, cita en p. 550).

⁵¹ A partir de esta «razón normativa», Lee rechaza la analogía de la responsabilidad en Derecho comunitario con la responsabilidad aquiliana, administrativa, internacional y finalmente también constitucional (I. B. LEE: «In Search of a Theory of State Liability in the European Union», *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 9/99, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>, cita en pp. 15-16).

tado queda clara en el apartado 125, según el cual «Hay que añadir que esta respuesta [la no aparición de responsabilidad en ese caso de violación] no afecta a las obligaciones que resultan, para el Estado miembro de que se trata, de la respuesta del Tribunal de Justicia a la tercera cuestión prejudicial [que la medida austriaca es una discriminación indirecta contraria al Derecho comunitario]» (cursiva añadida). La jurisprudencia *Kühne* forma parte, sin duda, de estas obligaciones del Estado austriaco derivadas del Derecho comunitario.

Este desplazamiento del interés por la fundamentación del sistema hacia las funciones que la responsabilidad desempeña en el orden jurídico comunitario está en consonancia con su propio origen y evolución de talante netamente funcional que hemos observado al comienzo de este trabajo y, acaso también, con la mejor forma de afrontar el análisis de la responsabilidad: Ch. Eisenmann, citado por Muñoz Machado, afirma que «el fundamento de la responsabilidad es la razón que la justifica y que no puede ser sino un principio, una máxima, una norma metajurídica; por ejemplo, el principio según el cual las lesiones deben ser reparadas. La función de la responsabilidad remite, sin embargo, a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»⁵².

2. LA INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NO PERMITE ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES ASIGNADAS

De las consideraciones anteriores, se deduce con cierta claridad que el sistema se ha ido configurando con objeto de salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario en supuestos de especial gravedad, de forma que la responsabilidad del Estado está diseñada para neutralizar, responder o contrarrestar las violaciones flagrantes del Derecho comunitario. Sin embargo, la articulación o instrumentación de este sistema no le permite ni siquiera afrontar con solvencia esta función.

Cuando la doctrina, especialmente la anglosajona, llama la atención y afirma que la consecuencia de la jurisprudencia *Francovich* es la creación

⁵² Cfr. S. MUÑOZ MACHADO: «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria», *op. cit.*, pp. 306-307.

de un nuevo «*remedy*» de Derecho interno⁵³, describe a la perfección la instrumentación jurídica del principio —y las razones de acusación de intervencionismo judicial—⁵⁴, porque, en efecto, quien finalmente es competente para enjuiciar si el Estado ha comprometido su responsabilidad es el órgano judicial interno, siendo la cooperación con el Tribunal de Justicia facultativa.

En esa labor, además, el juez nacional no se encuentra especialmente constreñido por una jurisprudencia muy detallada, pues, según reiterados pronunciamientos del Tribunal, corresponde al órgano jurisdiccional interno determinar que concurren los requisitos necesarios para la responsabilidad (*la aplicación del principio*), de forma que sólo en el marco del espíritu de colaboración que inspira el procedimiento prejudicial el Tribunal de Justicia entra, en algunas ocasiones, a apreciar si se ha producido una violación suficientemente caracterizada.

Precisamente podemos acudir al pronunciamiento emblemático en materia de responsabilidad del Estado, el asunto *Brasserie-Factortame*, para observar palmariamente por qué este sistema no puede desempeñar la función que se atribuye. Mientras que con respecto a *Factortame* sí fue acordada por la *House of Lords* británica una reparación o indemnización de los daños causados por la violación suficientemente caracterizada (*Merchant Shipping Act*), la parte *Brasserie du pêcheur* vio cómo el *Bundesgerichtshof* alemán le denegaba la indemnización con argumentos poco convincentes y respetuosos del Derecho fijado por el TJ⁵⁵.

No obstante, cabe encontrar una explicación a todo este entramado sobre la base de un reparto de funciones o una suerte de principio de

⁵³ *Ad ex.*, C. KILPATRICK: *loc. cit.*, p. 7; C. HARLOW: «A Common European Law of Remedies?», en C. KILPATRICK, T. NOVITZ y P. SKIDMORE (eds.): *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 80.

⁵⁴ Cuando el Tribunal se remite al Derecho nacional en materia de responsabilidad es probablemente porque «it doubted its competence to introduce a remedy founded entirely in Community Law» (C. KREMER: *loc. cit.*, pp. 226-ss, cursiva original). Como señala V. Constantinesco («The ECJ as a Law-Maker: *praeter aut contra legem?*»), en *Judicial Review in European Law. Liber amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, 2000, p. 78), el activismo judicial del TJ es un tema muy estudiado. La práctica totalidad de los autores en algún momento se pasea por esta cuestión. Valga la expresa defensa de Alemania en el asunto *Brasserie* (Sentencia citada, apdo. 24).

⁵⁵ Sobre estas distintas aplicaciones, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Le denouement de l'affaire «Factortame». La responsabilité civile du Royaume-Uni», en *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999, vol. I, pp. 354-386; J. D. JANER TORRENS: *op. cit.*, pp. 329-347; C. PÉREZ GONZÁLEZ: *op. cit.*, pp. 263-ss.

subsidiariedad o proporcionalidad —entiéndanse en el sentido más lato— entre ordenamientos jurídicos, más que entre órganos jurisdiccionales. Se podría entender que, al organizarse como un sistema *de minimis*, las funciones básicas de la responsabilidad —resarcitoria o garantista— vienen desempeñadas por los sistemas internos de responsabilidad de los poderes públicos, cuya actuación o aplicación es preferente y preceptiva en virtud de los principios de equivalencia y de autonomía orgánica y procedimental. En esta organización, la aplicación mayoritaria —la función de base— vendría desempeñada por los regímenes internos, que se supone son más sólidos y responden a una concepción teórica derivada de su procedencia y consolidación históricas. El régimen comunitario sólo intervendría en los casos de mayor gravedad cuando el sistema nacional falla o es demasiado exigente a la luz del principio de efectividad⁵⁶.

Esto, es cierto, puede explicar una organización y articulación de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario más o menos acorde con el espíritu de integración, pero ni le da coherencia al sistema ni niega que sea incapaz de desempeñar esta función. Esta instrumentación jurídica a través de los derechos internos presenta, además, grandes problemas técnicos y no pocas dificultades para el órgano judicial interno que debe aplicar un régimen jurídico, mientras somete cada una de sus partes o requisitos al complicado, por casuístico, escrutinio del principio de efectividad, con el consiguiente peligro de afectar su integridad⁵⁷.

⁵⁶ Esta dimensión como un instrumento más —aunque de la mayor importancia— de garantía de la efectividad del Derecho comunitario en casos de gravedad viene ilustrada en la contribución de D. SIMON: «The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law», en D. O'KEEFFE (ed.): *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, La Haya, 2000, pp. 275-286.

⁵⁷ C. KREMER: *loc. cit.*, pp. 226-ss.; J. D. JANER TORRENS: *op. cit.*, pp. 273-326. Sobre el complejo funcionamiento de los principios de efectividad y equivalencia y el riesgo de dañar la integridad de los regímenes nacionales: véase las contribuciones opuestas de C. HARLOW: «A Common...», *loc. cit.*, pp. 69-83 y T. TRIDIMAS: «Enforcing Community Rights in National Courts: Some Recent Developments», en C. KILPATRICK, T. NOVITZ y P. SKIDMORE (eds.): *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 35-50. *Vid.* también P. GIRERD: «Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?», *RTDE*, vol. 38, núm. 1, 2002, pp. 75-102.

3. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CARECE DE UNA NATURALEZA CLARA Y MANTIENE UNA FALSA APARIENCIA DE OBJETIVIDAD

Hemos visto, al comienzo de este trabajo, que el sistema de responsabilidad que ha configurado el Tribunal de Justicia es, al menos en apariencia, de naturaleza objetiva. Sin embargo, como la doctrina señala ya con frecuencia, no es posible adherirse a esta afirmación.

En primer lugar, como bien sabemos en España, en un teórico régimen de responsabilidad objetiva los elementos básicos son el daño y el nexo de causalidad⁵⁸. Al respecto, extraña que el Tribunal no entre prácticamente nunca a determinar estos elementos y entienda que son competencia del órgano judicial interno —y, en consecuencia, del ordenamiento jurídico nacional—⁵⁹. No cabe entender esta actitud del Tribunal de Justicia como una autorrestricción o una deferencia hacia las competencias del órgano interno en su aplicación del Derecho al caso concreto. En efecto, el Tribunal, en algunas ocasiones, no tiene reparos para apreciar, en el marco del pronunciamiento sobre la violación suficientemente caracterizada, cuestiones como la *intención* del sujeto, la *excusabilidad* del error de derecho o la concurrencia de culpas, entre otras, que bien parecen corresponderle al juez interno⁶⁰. Este asunto se oscurece, aún más, por los

⁵⁸ L. MARTÍN REBOLLO: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *AFDUAM*, 2000 (4), p. 309. Naturalmente, desde el momento en que el sistema se desencadena a partir de la comisión de un acto ilícito, la naturaleza objetiva se desdibuja, si es que no desaparece. Véase F. CHALTIEL: «La européanisation de la responsabilité administrative», *RMCUE*, núm. 475, 2004, pp. 106-110.

⁵⁹ C. KREMER: *loc. cit.*, p. 218. Por el contrario, Tridimas llama la atención sobre la confusión entre determinar la causalidad en el caso (hechos) que corresponde al juez nacional y la fijación de las reglas sobre causalidad que no deben depender del Derecho interno. Sin embargo, lamenta que el TJ no haya elaborado unos principios sistemáticos y se aproxime a la cuestión caso por caso (T. TRIDIMAS: «Liability...», *loc. cit.*, p. 310). Sobre esa jurisprudencia (con un lugar destacado para la sentencia *Rechberger*, que debe completarse con la posterior de 2003 *Schmidberger*) vid. G. ANAGNOSTARAS: «Not as unproblematic as you might think: the establishment of causation in governmental liability actions», *ELR*, vol. 27, 2002, pp. 663-676.

⁶⁰ Aunque para Guichot se trata de «una estrecha y saludable colaboración interjudicial en estos primeros balbuceos» (*op. cit.*, p. 503), el TJCE oscila demasiado en términos de seguridad jurídica e, incluso de pura legalidad. Como Vandersanden

inciertos efectos que la unificación con el régimen de responsabilidad de la Comunidad puede producir y obliga a plantearse si es aplicable lo sentado por el Tribunal en su jurisprudencia *ex* artículo 288 TCE⁶¹.

La objetividad de la construcción de la responsabilidad del Estado radica en que su desencadenante exclusivo es la comisión de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. La justificación de este sistema falsamente objetivo es, al decir del Tribunal en el asunto *Brasserie*⁶², que la culpa no puede incluirse como un elemento, pues no es conocida en todos los ordenamientos internos ni tiene en ellos el mismo contenido. El argumento es débil, al menos por estas tres razones: primera, la ausencia de contenido homogéneo no impide al Tribunal definir un concepto de culpa propio del Derecho comunitario (un concepto autónomo en el lenguaje usual de la jurisprudencia comunitaria); segunda, para acudir a los ordenamientos internos de donde extraer unos principios generales (única herramienta que, recordemos, enunciaba el artículo 215 TCE con el que finalmente se fusiona todo régimen de responsabilidad), el Tribunal rara vez ha necesitado de unanimidad; y tercera, en el mismo ordenamiento comunitario existía este concepto, específicamente en el Tratado CECA («*faute de service*»).

Además, todo este planteamiento desconoce que en los ordenamientos internos, al decir de la doctrina administrativista⁶³, existe una tendencia a la objetivación de la culpa, bien por su equiparación con el ilícito, bien

asevera: «selon les circonstances de l'espèce, la Cour peut avoir à l'égard du juge national une attitude simplement indicative ou, au contraire, directrice, dans la mesure où elle substitue purement et simplement son appréciation à celle du juge sur le bien-fondé de la condition de la violation suffisamment caractérisée» (G. VANDERSANDEN: «Le droit communautaire», en G. VANDERSANDEN y M. DONY (eds.): *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 37, cursiva añadida).

⁶¹ En contra de la aplicación analógica de la jurisprudencia *ex* art. 288, pero por razones opuestas, C. KREMER: *loc. cit.*, p. 218 y T. TRIDIMAS: «Liability...», *loc. cit.* p. 310.

⁶² Sentencia *Brasserie*, citada, apdos. 75-80.

⁶³ Sobre esta cuestión (muy tratada en España como consecuencia de nuestro excepcional régimen objetivo), véase la excelente monografía de O. MIR PUIGPELAT: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 177-ss., en especial, pp. 258-259. Su consulta es obligada a la hora de valorar el recurso, habitualmente superficial, de doctrina y jurisprudencia a los principios comunes de los Derechos de los Estados miembros. Véase también el Prólogo de E. García de Enterría.

mediante el diseño de estándares objetivos de comportamiento cuyo incumplimiento supone prueba o presunción de culpa.

Esta crítica, digámoslo sin matiz alguno, no postula la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad subjetivo, aunque existan buenos argumentos para ello. Nuestro propósito es mostrar las consecuencias que tiene sobre la coherencia del sistema, el hecho de que el Tribunal incluya en el presunto componente objetivo de la responsabilidad elementos, que él mismo reconoce subjetivos⁶⁴, como son el carácter intencional o involuntario del comportamiento del órgano o la excusabilidad del error de derecho, o que, incluso, analice la relevancia del comportamiento de la víctima —el llamado *mitigation principle*— o de terceros (en particular, de las instituciones comunitarias), cuya pertinencia bien podría encontrarse, ya en el nexo de causalidad, ya en la institución de la concurrencia de culpas⁶⁵.

Las consecuencias de esta jurisprudencia comunitaria son de dos tipos: en primer lugar, el Tribunal ha conseguido mediante la afirmación de un único concepto (la violación suficientemente caracterizada) diseñar distintos sistemas de responsabilidad, como ha observado la doctrina⁶⁶; en segundo lugar, *gracias a la indeterminación* del auténtico desencadenante de la responsabilidad del Estado, *el Tribunal conserva un relativo dominio sobre el mecanismo de la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario*. Si el sistema estuviera perfectamente delimitado, desaparecería el dominio de Luxemburgo sobre él, quedando, en tanto que *remedio interno*, en manos de los jueces nacionales. La relativa indeterminación del concepto permite que, sin demasiadas estridencias, el Tribunal lo controle bajo la cobertura de su monopolio sobre interpretación de última instancia del Derecho comunitario. He aquí el interés de que el

⁶⁴ Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, citada, apdo. 78.

⁶⁵ Vid. G. ANAGNOSTARAS: «Not as unproblematic...», *loc. cit.*, pp. 663-676.

⁶⁶ Aunque la calificación varía entre los autores, se destaca un régimen de naturaleza objetiva cuando del tenor del acto no se deriva ningún margen de apreciación y, por tanto, la mera infracción genera la responsabilidad del Estado, mientras que la presencia de ese margen de apreciación da lugar a un régimen de corte más subjetivo o penalista y exige que se produzca esa inobservancia grave y manifiesta (casi intencional) para comprometer al Estado (*Vid. ad ex.*: J. D. JANER TORRENS: *op. cit.*, pp. 235-251; C. PÉREZ GONZÁLEZ: *op. cit.*, pp. 197-ss.; C. KREMER: *loc. cit.*, pp. 214-215; S. ABOUDRAR-RAVANEL: *loc. cit.*, pp. 547-ss.; C. HARLOW: «The Current State...», *loc. cit.*, pp. 920-ss; E. GUICHOT: *op. cit.*, pp. 538-563).

Tribunal afirme que el derecho a la reparación emana del ordenamiento jurídico comunitario, aunque se instrumente a través del sistema interno⁶⁷.

4. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD RESULTANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ES UNITARIO SÓLO EN APARIENCIA

Con la afirmación de que el régimen de responsabilidad es falsamente unitario no apuntamos a que, como venimos de ver, según el tipo de norma el régimen sea de corte objetivo o subjetivo, sino a que por su propia definición y a pesar de que el Tribunal de Justicia mantenga en su jurisprudencia el principio de unidad del Estado propio del Derecho internacional, este régimen se diversifica efectiva y necesariamente en su aplicación, lo que dota de una gran relevancia a las dificultades señaladas por la doctrina en la imputación del incumplimiento a los distintos órganos del Estado⁶⁸.

En este punto se observa con claridad las consecuencias enojosas de una utilización alegre de los argumentos *a fortiori*. Cuando el TJ señala que la existencia del principio de unidad del Estado en Derecho internacional milita a favor de su reconocimiento en el Derecho comunitario⁶⁹, olvida, primero, que la responsabilidad internacional del Estado no es precisamente un sistema perfectamente elaborado y, segundo, que en ese marco el tratamiento unitario del Estado conserva su coherencia interna.

En efecto, en el sistema de responsabilidad internacional el órgano jurisdiccional interno debe responder esencialmente de un ilícito específico: la denegación de justicia. Ese ilícito (que la protección internacional de los derechos humanos no debe oscurecer⁷⁰) está en consonancia con la posición que realmente tienen los órganos judiciales internos, la de un

⁶⁷ Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, citada, apdo. 79.

⁶⁸ G. ANAGNOSTARAS: «The allocation...», *loc. cit.*, pp. 139-158.

⁶⁹ Véase la Sentencia Brasserie, citada, apdo. 34, apoyada en las Conclusiones del Abogado General Tesauro, pto. 38; y Sentencia Köbler, citada, apdo. 32 y ptos. 41-48 de las Conclusiones del Abogado General Léger de 8 de abril de 2003.

⁷⁰ Con respecto a la problemática afirmación de la reparación como un derecho de las víctimas en el Derecho internacional de los derechos humanos, *vid.* R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ: *Las reparaciones no pecuniarias a las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, inédito, Granada, 2000.

presupuesto procesal a través de la exigencia de agotamiento de los recursos internos. A partir de ahí, el Derecho internacional observa el comportamiento judicial como un mero acto de Estado, como observaría una ley interna o un acto administrativo.

El Derecho internacional, sin embargo, mantiene la coherencia en ese tratamiento porque no distingue, a efectos de surgimiento de la responsabilidad entre violaciones suficientemente caracterizadas y otras y, sobre todo, porque no tiene pretensiones de arbitrar un derecho para el particular que se sustancia en otro ordenamiento jurídico (el interno)⁷¹. El Derecho internacional hace aparecer un derecho a la reparación que se gestiona en el propio ordenamiento internacional y que no se puede hacer valer por sí mismo en el orden interno.

Por el contrario, en Derecho comunitario la situación es bien distinta. En primer lugar, el hecho generador de la responsabilidad es la violación suficientemente caracterizada. Esta es, según definición del propio TJ en *Brasserie y Lomas*, una inobservancia grave y manifiesta de los límites impuestos a las facultades de apreciación del órgano interno. A pesar de la aparente unidad, no disfrutaban del mismo margen de apreciación los distintos órganos del Estado: administrativos, legislativos y judiciales. La sentencia *Köbler* es prueba palpable de lo que venimos señalando, pues en este contexto el Tribunal se ve en la necesidad de dar cabida a las peculiaridades de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de la seguridad jurídica a la hora de determinar si existe o no violación suficientemente caracterizada.

Es más, la jurisprudencia del Tribunal se equivoca esencialmente cuando trata de mantener el principio de unidad aquí y no en su marco propio que es el recurso por incumplimiento. La situación provocada por la Sentencia *Comisión c. Italia* es, a este respecto, muy criticable⁷². En ella, el Tribunal resulta sensible a la posición que el Poder Judicial tiene en el orden interno, de forma que para preservar su independencia condena a Italia por no modificar una normativa que él mismo califica de «neutra» (éste sería el incumplimiento del Derecho comunitario)⁷³. Bien al contra-

⁷¹ C. KREMER: *loc. cit.*, p. 207.

⁷² En contra, Z. PEERBUX-BEAUGENDRE: «Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l'Etat membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l'article 226 CE», *RTDE*, vol. 40, núm. 1, 2004, pp. 208-215.

⁷³ «Tal disposición es en sí misma neutra por lo que respecta al Derecho comunitario, tanto en relación con la carga de la prueba de que el tributo se ha re-

rio, el Tribunal debería haber dictado una sentencia declarando que Italia, como Estado, incumple una obligación de Derecho comunitario —la de no hacer excesivamente difícil o imposible la recuperación de las cantidades indebidamente pagadas— como consecuencia de la jurisprudencia de sus órganos jurisdiccionales y, o bien dejar en manos de éstos un acatamiento de la sentencia, o bien en manos del Legislativo italiano la modificación de la legislación interna. Pero estas opciones afectan a la forma de cumplir la sentencia, que no compete al Tribunal en el marco del procedimiento de incumplimiento que es declarativo⁷⁴.

El pronunciamiento del Tribunal tiene, además, consecuencias perversas: en lugar de preservar la independencia del Poder Judicial, coloca al Poder Legislativo nacional como su vigilante o supervisor en el cumplimiento del Derecho comunitario, derivando en una suerte de jerarquía entre los poderes del Estado.

El diferente margen de apreciación o, con mayor propiedad, los diferentes límites que el Derecho comunitario impone a los distintos órganos del Estado cobra relevancia porque, como hemos visto, el Tribunal tiene dificultades serias para imputar la violación al órgano del Estado y asociar su responsabilidad. En el asunto *Brinkmann*, donde se encontraba en juego un caso de no transposición de una directiva (que, recordemos, es *per se* violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, según la jurisprudencia *Dillenkofer*) se permite al Estado eludir su responsabilidad mediante un intento de la Administración de aplicar directamen-

percutido sobre otras personas como con los medios de prueba admisibles al efecto. Su alcance debe determinarse teniendo en cuenta la interpretación que de ella hacen los órganos jurisdiccionales» (Sentencia Comisión c. Italia, citada, apdo. 31, cursiva añadida).

⁷⁴ Al Estado le corresponde, en virtud del art. 228 TCE, adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Sentencia (*vid.* jurisprudencia *San Giorgio* —1983— y *Comis. c. Italia* —1988—) y, en su defecto, para garantizar la efectividad del fallo judicial podrá activarse el problemático mecanismo del apdo. 2 del art. 228 TCE. Además de las interesantes Conclusiones de Ruiz-Jarabo en el asunto pionero (C-387/97, *Comisión c. Grecia*), pueden consultarse P. Andrés Sáenz de Santa María: «Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia», *RDCE*, núm. 8, 2000, pp. 493-518; T. FAJARDO DEL CASTILLO: «Primera multa coercitiva a España en aplicación del procedimiento del artículo 228.2 del Tratado CE: comentario a la sentencia del TJCE de 25 de noviembre de 2003, Comisión c. España, as. C-278/01», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, 2004, <http://www.iustel.com>.

te la norma comunitaria, aunque lo hizo de forma errónea⁷⁵. El caso *Köbler* puede ser también paradigmático en las dificultades que puede presentar la imputación del incumplimiento del Derecho comunitario: cabría atribuirlo al Poder Legislativo que dicta la norma que establece el complemento discriminatorio (*Gehaltgesetz* —Ley de Retribuciones—); igualmente, una vez que el Sr. Köbler se dirige a la Administración austriaca (*Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Kunst* —Ministro federal de Ciencias, Investigación y Artes—), ésta debería haber aplicado la primacía de la norma comunitaria en virtud de la jurisprudencia *Costanzo* o, finalmente, como ocurre en el caso, cabe imputar el incumplimiento al Poder Judicial porque no tutela efectivamente los derechos que el ordenamiento comunitario concede al particular.

5. TANTO LA CONCEPCIÓN COMO LA INSTRUMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EXIGEN DELIMITAR EL ESPACIO CONSTITUTIVO DE LA VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA IMPUTABLE A LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE ÚLTIMA INSTANCIA

La jurisprudencia *Köbler* en la que el Tribunal parece imputar, sin demasiadas disquisiciones, la violación sustantiva del Derecho comunitario al órgano judicial⁷⁶ puede tener, paradójicamente, efectos contrarios a la protección de los derechos de los particulares y a la efectividad del Derecho comunitario.

En efecto, es sabido que la aplicación principalmente descentralizada del Derecho comunitario se completa con el principio de tutela judicial efectiva, en virtud del cual (especialmente de la jurisprudencia *Johnston* y *Heylens*), toda aplicación del Derecho comunitario por parte de un órgano del Estado debe disponer de un recurso jurisdiccional efectivo⁷⁷. De

⁷⁵ Sentencia Brinkmann, citada, apdos. 27-29. Sobre los problemas de causalidad, véase G. ANAGNOSTARAS: «The allocation...», *loc. cit.*, p. 142-ss. y «Not as unproblematic...», *loc. cit.*, pp. 663-676; T. TRIDIMAS: «Liability...», *loc. cit.*, pp. 305-310; C. KREMER: *loc. cit.*, pp. 217-224.

⁷⁶ Sentencia Köbler, citada, apdo. 119.

⁷⁷ A. BARAV: «La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Bou-louis*, Dalloz, 1991, pp. 10-16. Como señala Temple Lang, es un derecho derivado de las propias tradiciones constitucionales y del art. 8 del CEDH (J. TEMPLE LANG: «The Principle of Effective Protection of Community Law Rights», en D. O'KEEFFE

esta manera, cabe preguntarse si la conjunción del principio de tutela con el de responsabilidad del Estado no conduce a que todo incumplimiento del Derecho comunitario, provenga de donde provenga, constituya una violación imputable a los órganos judiciales siempre que éstos no la hayan enmendado. La consecuencia indirecta será el endurecimiento (desde la perspectiva de los particulares) de sistema de responsabilidad del Estado, dado que la condena a reparar el daño deberá tener en cuenta o superar las peculiaridades propias a la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica —que haya dejado en pie la jurisprudencia *Kühne*—.

Es evidente que no es éste el objetivo que tiene la extensión del principio de responsabilidad a los actos de los Tribunales. Por esto, aunque esta operación presenta una gran dificultad, es necesario acotar ese espacio donde imputar la violación del Derecho comunitario a los órganos jurisdiccionales. El problema es que aquellos supuestos en que la violación aparece claramente imputable al juez interno no encajan bien con el régimen de responsabilidad y sólo excepcionalmente desencadenarán el deber de reparación:

A) *El no planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación*⁷⁸, cuando éste es preceptivo, difícilmente podrá conformar el presupuesto de la responsabilidad del Estado. A pesar de tratarse del supuesto que con mayor claridad constituye la infracción de una obligación impuesta por el Derecho comunitario al órgano judicial de última instancia, es muy improbable que genere responsabilidad. En primer lugar, será necesario mostrar que, en el marco de la utilización de la doctrina del acto claro, el órgano jurisdiccional ha transgredido grave y manifiestamente los límites impuestos a sus facultades de apreciación⁷⁹.

(ed.): *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, La Haya, 2000, p. 266).

⁷⁸ Acaso el supuesto de violación de la jurisprudencia *Foto-Frost*, que fija el monopolio del TJCE para declarar la invalidez de los actos comunitarios sí pueda con más claridad conformar una violación suficientemente caracterizada y generar la responsabilidad del Estado, siempre que el Tribunal declare la no invalidez de la norma comunitaria.

⁷⁹ A favor del cumplimiento de los requisitos (en una contribución en exceso aproblemática) se manifiesta D. BLANCHET: «L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire: une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français du fait de la fonction juridictionnelle?», *RTDE*, vol. 37, núm. 2, 2001, pp. 397-438. Más matizadamente, C. PÉREZ GONZÁLEZ: *op. cit.*, pp. 147-149.

En segundo lugar, como ha señalado la doctrina⁸⁰, será arduo probar el nexo de causalidad entre el daño y el hecho de no plantear la cuestión, ya que media un procedimiento cuyo resultado no es dable afirmar. En un procedimiento de error judicial, la Sentencia del TS de 16 de noviembre de 1990 contesta con dureza a una pretensión por errónea declaración de incompetencia: «pareciendo que el actor entiende que de haber entrado en el fondo este orden jurisdiccional hubiera prosperado inexcusablemente su pretensión indemnizatoria, lo que es absurdo»⁸¹. Acaso por esto el Abogado General Léger, cuyas conclusiones contienen unas interesantes reflexiones con respecto a esta cuestión, señalaba que la forma de probar ese nexo causal «directo» vendría si en un plazo razonable después de fallada la sentencia interna, el TJ dictase una sentencia en un caso análogo dando una solución diferente⁸². Prácticamente, es el supuesto de hecho del asunto *Kühne* que, como hemos visto, obliga al órgano administrativo a revocar la resolución firme en caso de que dicha resolución hubiera adquirido firmeza en virtud de una sentencia «errónea» de un órgano de última instancia que no hubiese acudido al TJCE. En este contexto, *Kühne* se muestra indirectamente como una presión mayor sobre los jueces que *Köbler*, para que no desdeñen su obligación de reenvío prejudicial.

De otro lado, así lo apuntó Austria en sus observaciones en el asunto *Köbler*, también será necesario para comprometer la responsabilidad del Estado afirmar que el artículo 234 TCE tiene por objeto conferir derechos a los particulares. El tema es, cuando menos, delicado, pues la norma claramente no confiere un derecho al particular, sino que está destinada al órgano judicial (bien como facultad, bien como obligación). Cabría interpretar que, sobre la base de este artículo se ve afectado, bien el derecho al juez predeterminado por la ley (al modo del TC alemán o austriaco⁸³), bien las garantías del derecho al proceso debido (siguiendo al TC español⁸⁴).

⁸⁰ C. PÉREZ GONZÁLEZ: *op. cit.*, pp. 146-148. L. N. GONZÁLEZ ALONSO: *loc. cit.*, parte IV. *Vid.* también la defensa de Austria en el asunto *Köbler*.

⁸¹ Cfr. A. HERNÁNDEZ OLIVENCIA: *op. cit.*, p. 51.

⁸² Conclusiones del Abogado General Léger, asunto *Köbler*, ptos. 146-153, citado pto. 151.

⁸³ Cfr. M. BREUER: *loc. cit.*, p. 251.

⁸⁴ La STC 58/2004, de 19 de abril, constituye un, extraordinariamente ambiguo, punto de inflexión de nuestra jurisprudencia constitucional sobre la materia. Puede verse P. MARTÍN RODRÍGUEZ: «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004. También J. M. BAÑO LEÓN: «El

En última instancia, estas dificultades harán más fácil acudir a la violación sustantiva del Derecho comunitario que implique la resolución judicial, como en el asunto *Köbler*, que a la mera violación de la obligación de formulación de la cuestión prejudicial en virtud del artículo 234 TCE.

B) *La dilación indebida de un procedimiento y la consiguiente violación del derecho a la tutela judicial* no deja de ser un tema espinoso donde los haya. Es cierto que la jurisprudencia hosca a la aceptación de responsabilidad como consecuencia de los actos judiciales (la clásica lectura de *Roquette Frères*⁸⁵), se ha abandonado al menos por el reconocimiento de que el TPI puede ser tachado de violar el derecho al proceso en un plazo razonable (asunto *Baustahlgewebe*), si bien las consecuencias de semejante violación no quedan muy claras⁸⁶. Jurisprudencia posterior (*Limburgse*) muestra las profundas implicaciones que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH tiene sobre esta materia⁸⁷.

Sin embargo, no nos interesan en este momento las consecuencias que la sentencia *Köbler* pueda tener sobre la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales comunitarios sino sobre los nacionales. A ese respecto, como principio los Estados están obligados a respetar los derechos fundamentales cuando dan aplicación al Derecho comunitario, por lo que la dilación indebida del proceso donde se sustancia un derecho otorgado por el Derecho comunitario podría constituir a su vez una violación

Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *RDCE*, núm. 18, pp. 465-481.

⁸⁵ Sentencia de 30 de mayo de 1989, *Roquette Frères*, 20/88, Rec. p. 1587, apdos. 19-20. *Vid. J. HUGLO: loc. cit., Juris-classeur*, Fasc. 371, p. 4.

⁸⁶ En este caso, el Tribunal declara la existencia de la violación y anula la Sentencia del TPI, pero con un extraño tenor. Para proteger inmediatamente contra esa irregularidad procesal, se anula la sentencia en la medida en que impone una multa, pero a falta de indicios de que la dilación ha tenido incidencia en la solución del caso no puede anularse toda la sentencia impugnada (Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, Rec. p. I-8503, apdos. 48-49).

⁸⁷ La sentencia *Limburgse* resuelve la casación de un complejo asunto de competencia por el que se sanciona a un grupo de empresas productoras de PVC. Parte de los motivos alegados en el recurso se refieren al proceso ante el TPI, lo que permite al TJ analizar con cierta profundidad y un frecuente recurso a la jurisprudencia del TEDH el contenido de este derecho-principio a un proceso en un plazo razonable en los apdos. 164-235 (Sentencia de 15 de octubre de 2002, *Limburgse*, C-238, 244, 245, 247, 250-252/99 P, Rec. pp. I-8677/8698).

de este principio general. Al menos en pura teoría⁸⁸, dicha violación podría dar lugar a una exigencia de responsabilidad derivada del Derecho comunitario. Aunque las cuestiones que se pueden suscitar son en extremo variopintas, pueden reconducirse a una esencial: ¿es apto el régimen de responsabilidad en Derecho comunitario para proteger un derecho fundamental, en especial, por exigir una violación suficientemente caracterizada?

C) Si abandonamos el campo de los ilícitos fácilmente imputables al órgano judicial (*in procedendo*), para adentrarnos en *ilícitos sustantivos* del Derecho comunitario (*in iudicando*), el asunto se torna aún más enrevesado, porque remite a uno de los temas más oscuros de la construcción europea: el reparto de funciones y competencias entre el TJ y los órganos jurisdiccionales nacionales.

En efecto, si la gestión del error judicial es compleja en el orden interno donde existe una organización jurisdiccional piramidal⁸⁸, en el orden comunitario opera con una dificultad adicional. La tradicional presentación como un sistema de cooperación jurisdiccional, ausente de jerarquía, significa precisamente que no se trata de un sistema descentralizado; más bien al contrario que ha centralizado en el TJCE ciertas competencias. En este supuesto, no de colaboración sino de oposición, importa determinar cuáles son esas competencias y dónde quedan sus confines.

No parece haber duda de que el Tribunal tiene el monopolio (compe-

⁸⁸ Naturalmente, de producirse una dilación, el particular no abrirá un incierto proceso de responsabilidad del Estado, sino que, agotados los recursos internos, acudirá al sistema de protección del Convenio europeo, cuyas exigencias son menores y, sobre todo, mayor la certeza de régimen jurídico.

⁸⁹ La regulación del error judicial es en sí problemática, pues remite en último término a exceptuar la independencia judicial y la seguridad jurídica. Aunque no ponga en cuestión el principio de cosa juzgada, ya que no implica la anulación de la resolución errónea, sí es cierto que revisa la solución jurídica definitiva que el Tribunal competente ha dado al caso concreto. Su admisión supone una desaprobación directa de ésta y una parcial modificación. Esto explica que el error judicial tenga un alcance muy limitado y que no sirva como cauce de enmienda de cualquier resolución errónea, sino sólo aquellos errores crasos y palmarios que atentan contra la armonía del orden jurídico. En el orden interno no existe el derecho al acierto judicial, lo que explica que excluya todo caso que cabe dentro de una interpretación amplia del precepto aunque ésta sea minoritaria jurisprudencial o doctrinalmente (Vid. A. HERNÁNDEZ OLIVENCIA: *op. cit.*, pp. 74-ss.; A. HERNÁNDEZ MARTÍN y otros: *op. cit.*, pp. 95-ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *op. cit.*, pp. 110-ss.).

tencia exclusiva⁹⁰) de la interpretación «autoritaria» del Derecho comunitario en el sentido de que a él corresponde dar el significado último de las normas comunitarias que los tribunales nacionales (como cualquier otro órgano o institución nacional o europea o cualquier particular) tienen la obligación de acatar. Pero, dada la organización jurisdiccional, no está tan claro que disponga de la competencia para revisar la aplicación que se realice del Derecho comunitario en el orden interno⁹¹.

Naturalmente, no se trata de que la aplicación del Derecho comunitario sea ajena a la competencia del Tribunal: el tenor del artículo 220 TCE le encomienda garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado, pero sí de que con respecto a ella cobra relevancia la vía jurisdiccional por la que llegue a conocer el Tribunal de Justicia.

En este sentido, el propio Tribunal ha cerrado la vía procesal de plena jurisdicción, esto es, el recurso por incumplimiento. La sentencia *Comisión c. Italia* sienta que «no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. La situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste»⁹².

Esta oposición a la sustanciación de las violaciones concretas en el marco del recurso por incumplimiento, por justificada que esté⁹³, significa derivar todo caso al remedio nacional de exigencia de responsabilidad. Esta deriva tiene dos consecuencias de distinto tipo: de un lado, se coloca en el contexto nacional donde es mayor el juego de la independencia judicial, de la «santidad» de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica;

⁹⁰ Igual ocurre con la declaración de invalidez de los actos de las Instituciones en virtud de la jurisprudencia *Foto-Frost*.

⁹¹ Es aquí donde, a nuestro juicio, es pertinente la independencia judicial y no, como lo enfoca la Sentencia *Köbler*, en una pretendida responsabilidad personal, aunque bien es cierto que la reciente práctica judicial española puede distraer sobremanera. A esto debe de aludir C. Pérez González cuando afirma la dificultad de que la «simple aplicación incorrecta» pueda dar lugar a responsabilidad del Estado (*op. cit.*, p. 146).

⁹² Sentencia Comisión c. Italia, citada, apdo. 32.

⁹³ *Vid.* A. J. GIL IBÁÑEZ: «A Deeper Insight Into Article 169», Harvard Jean Monnet Working Paper, núm. 11/98, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>, apdos. 2.2.4 y 2.2.7.

de otro, el Tribunal sólo llegará a conocer de estas cuestiones si el órgano ante el que se sustancia la reclamación acude al reenvío prejudicial⁹⁴.

Esto es importante porque en el procedimiento prejudicial el Tribunal opera en un marco jurisdiccional, sólo en teoría, más limitado⁹⁵. En efecto, un primer límite, común a todos los procedimientos que se sustancian ante él, le impide al Tribunal *entrar a interpretar el Derecho interno*: se encuentra vinculado por la interpretación que realiza la jurisdicción interna (en el reenvío prejudicial la *remitente*). Los asuntos *Köbler* y, sobre todo, *Comisión c. Italia* son, a este respecto, paradigmáticos.

El segundo límite es propio del procedimiento prejudicial al no ser de plena jurisdicción: *el Tribunal se encuentra vinculado por competencia del órgano judicial interno para la determinación de los hechos relevantes del litigio*. En el marco de los recursos de plena jurisdicción el Tribunal de Justicia sí puede establecer los hechos relevantes a efectos de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, pero en el procedimiento prejudicial este terreno le está vedado. El objeto viene circunscrito a las preguntas formuladas por el juez *a quo*, que se basan en su propia representación de los hechos relevantes jurídicamente desde el punto de vista del Derecho interno y del Derecho comunitario. El caso *Köbler* es también ilustrativo de lo que queremos apuntar.

Esta limitación tiene diversas ramificaciones en el contexto de la responsabilidad, que hacen más aparatosa la labor del Tribunal. Así, le será dificultoso al Juez de Luxemburgo modificar la calificación jurídica de los requisitos de la responsabilidad del Estado que haya aceptado el Tribunal interno (p. ej.: la intencionalidad o involuntariedad del comportamiento del Estado o la insuficiente diligencia de la víctima). Igualmente, al articularse a partir del recurso interno, será imposible alterar la atribución de la violación a un órgano del Estado (advuértase, por ejemplo, que en el caso *Köbler* le habría sido imposible al TJCE atribuir la violación a otro órgano distinto del *Verwaltungsgerichtshof*).

Sin embargo, no debe sorprender que se haya primado el recurso prejudicial. Por un lado, por vía de interpretación del propio principio de responsabilidad del Estado y, en particular, del requisito de violación suficientemente caracterizada, el Tribunal de Justicia puede «sustituir al juez interno» y aplicar el Derecho comunitario ofreciéndole la solución del li-

⁹⁴ Critica este privilegio del mecanismo prejudicial, por su incapacidad para alcanzar un objetivo realmente armonizador C. KILPATRICK: *loc. cit.*, p. 11.

⁹⁵ *Vid.* D. SARMIENTO: *op. cit.*, pp. 169-22.

tigio pendiente. El Tribunal se permite este proceder, amparado en el espíritu de colaboración entre tribunales que informa el procedimiento prejudicial y, especialmente, porque cree que su carácter incidental y no contencioso desvinculado de las pretensiones de las partes que no existen en puridad (de la contradictoriedad y congruencia del proceso principal) lo protegen, al mismo tiempo que lo ponen a salvo de las exigencias más severas del derecho de defensa.

Además, el planteamiento de la cuestión prejudicial se encuentra incentivado por la necesidad de ponerle fin al proceso interno. En efecto, toda resolución interna denegatoria de la responsabilidad podría ser a su vez una violación del Derecho comunitario, exactamente del principio de responsabilidad del Estado. He aquí la razón última de esa especie de reenvío automático que el Abogado general Léger no propone instaurar, pero sí promocionar vivamente⁹⁶.

III. REFLEXIONES FINALES

1. El régimen de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario está lejos de haber sido completado o construido definitivamente. La jurisprudencia *Köbler* no constituye ningún eslabón de cierre, sino que alumbrá algunas de las principales deficiencias que el sistema diseñado por el TJ padece, en particular la inadecuación de la instrumentación jurídica para llevar a término el cometido formalmente asignado. Las consideraciones anteriores no pretenden agotar la cuestión, antes bien, alertar sobre un régimen jurídico cuya apariencia de sistema esconde zonas muy oscuras y que puede terminar desembocando en una menor protección de los particulares.

2. A partir de una concepción que atiende más a la sanción del incumplimiento que al resarcimiento de los daños causados, el Tribunal de Justicia ha definido el principio de responsabilidad para asegurar la efectividad del Derecho comunitario en los casos de infracciones flagrantes o de mayor gravedad, fijando como verdadero detonante el concepto de violación suficientemente caracterizada. Sin embargo, la heterogeneidad de sus componentes determina una naturaleza en extremo ambigua y conforma un régimen incierto que recae sobre los tribunales nacionales, al haberse instrumentado como un recurso que debe ejercitarse en los ordenamientos internos.

⁹⁶ Conclusiones *Köbler*, citadas, puntos 111-112.

3. La articulación de la responsabilidad del Estado a través de un recurso sustanciado en el ordenamiento interno desposee al Tribunal del dominio último o de la garantía de la efectividad del Derecho comunitario y de la protección de los derechos de los particulares y, por ello, otros modelos de responsabilidad son concebibles. No obstante, aunque éste presente deficiencias, el sistema elegido no es conceptualmente o por definición incompatible con la consecución de los objetivos indicados. Se trata, sin embargo, de la opción por un instrumento de «política legislativa a largo plazo» y que exigiría del Tribunal una jurisprudencia más elaborada conceptual y teóricamente de la hasta ahora existente. El Tribunal debe afrontar los grandes temas pendientes del régimen de responsabilidad que la jurisprudencia *Köbler* ha ilustrado: naturaleza y estructura de la responsabilidad, falsa apariencia de unidad del régimen, criterio de atribución de la violación y de apreciación del nexo causal y, también, su complicada relación con los demás principios del Derecho comunitario y, en particular, con el principio de tutela judicial efectiva.

4. La articulación como un recurso de Derecho interno provoca además numerosas dificultades de orden técnico-jurídico. El Tribunal afronta el análisis de la responsabilidad del Estado por incumplimiento como si se tratase de un remedio de Derecho comunitario (*de minimis*, unidad del Estado, exigencias o requisitos comunes o únicos) cuando debería tener presente que la responsabilidad se articula como un remedio de Derecho interno. Las consecuencias del funcionamiento del principio de equivalencia que impone el procedimiento reconocido en el Derecho interno y su régimen sustantivo si es más beneficioso pueden desvirtuar el mismo sentido de la responsabilidad en Derecho comunitario, de la misma manera que la forma de operar del principio de efectividad puede privar de sentido a la «solución procedimental» diseñada en el ordenamiento interno. La responsabilidad del Estado imputable al comportamiento de los órganos judiciales puede ser un campo ilustrativo de estas dificultades técnicas.

5. La opción elegida privilegia en exceso el reenvío prejudicial como instrumento del TJCE para la configuración del régimen de responsabilidad, si es que no lo reduce exclusivamente a él. A pesar de la extraordinaria flexibilidad que este incidente procesal posee y la actitud de colaboración interjudicial de que hace gala el Tribunal, conviene ser conscientes de sus limitaciones y de la deriva casuística en que puede introducir el régimen de responsabilidad, si no se acompaña por el Juez de Luxemburgo de una sopesada labor de construcción teórica, hasta ahora la gran ausente.

STATE LIABILITY FOR JUDICIAL ACTS IN COMMUNITY LAW

ABSTRACT: European Community Law would appear to have finished the definition of State and Community Institutions Liability having taken a functionalist approach. Actually, it can be stated that the trend toward the progressive unification of the various existing regimes has crystallised, since it has been applied to State judicial acts by the Köbler judgment. Nevertheless, the author is of the opinion that the system created by the Court of Justice has several inadequacies: a) there is no real State responsibility/liability approach, although it is said to be «inherent in the system of the Treaty»; b) its implementation through national remedies is unable to guarantee the proper fulfilment of its functions; c) the system lacks a clear legal nature despite of appearing to be objective; d) it is claimed that the regime has been unified, but this has not been actually achieved, and e) this system has not managed to determine accurately when a national judge commits a sufficiently serious breach. For these reasons, the author considers that the liability system is still unfinished.

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR ACTES JUDICIAIRES EN DROIT COMMUNAUTAIRE

RÉSUMÉ: L'ordre juridique communautaire semble d'avoir conclu, sous l'angle fonctionnel, la construction du régime de responsabilité des pouvoirs publics par la violation de ses normes. En effet, on peut penser que la tendance vers la progressive unification des régimes existants a cristallisé, étant donné l'étendue de responsabilité des Etats membres en cas d'actes imputables au pouvoir judiciaire dans l'affaire Köbler. Cependant, l'auteur est de l'avis que cette construction de la Cour de justice subit certaines débilites conceptuelles, parmi lesquelles on peut souligner les suivantes: il n'y a pas de véritable conception de la responsabilité des Etats que l'on peut appeler «inhérente au système du traité»; l'instrumentation juridique du principe n'assure pas l'accomplissement des fonctions que l'on lui a attribuées; le régime n'a pas une nature juridique claire, bien qu'elle semble trompeusement d'être objective; le régime n'est unitaire qu'en apparence; et il a besoin de déterminer plus précisément quelle est la violation suffisamment caractérisée imputable aux organes judiciaires de dernière instance. Par tout cela, l'auteur considère ce régime encore inachevé.