

ESTUDIOS

La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS *

RESUMEN:

En la Unión Europea el Tribunal de Justicia ha desarrollado en poco más de tres lustros una jurisprudencia cada vez más detallada y precisa sobre el derecho de indemnización de los particulares por responsabilidad de las autoridades nacionales que hayan violado el Derecho comunitario. Se trata de una jurisprudencia que completa los principios estructurales del Derecho de la Unión: el efecto directo y la primacía como se deduce de los grandes hitos: Francovich, Brasserie du pêcheur o Köbler y que, a su vez, da sentido a otros procedimientos como el que termina declarando judicialmente el incumplimiento de las obligaciones comunitarias europeas por los Estados miembros, por las autoridades nacionales. Por eso y después de recordar los presupuestos para que surja el derecho de indemnización así como el alcance de los principios de efectividad y de equivalencia que deben ser respetados por los Derechos nacionales, se examinan a la luz del Derecho español los procedimientos administrativos y las vías jurisdiccionales para reclamar la indemnización por responsabilidad de las autoridades españolas, sean legisladores –las Cortes Generales, los Parlamentos autonómicos o los Gobiernos de la Nación y autonómicos en ejercicio de poderes normativos–, administraciones –centrales, autonómicas o locales, y los organismos vinculados–, o jueces, que vulneren el Derecho comunitario europeo. Los criterios elaborados en la Audiencia Nacional y, sobre todo, la jurisprudencia reiterada por el Tribunal Supremo, en especial a partir de su sentencia de 12 de junio de 2003 –que constata la responsabilidad de la Administración General del Estado por daños causados a Canal Satélite Digital en violación del Derecho europeo y le reconoce una cuantiosa indemnización de más de 26 millones de euros–, resultan, en este sentido, ejemplares.

* Magistrado de lo contencioso-administrativo, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La responsabilidad de las autoridades nacionales por violación del derecho comunitario y los presupuestos del derecho de indemnización de los particulares: 1. La aplicación del Derecho comunitario por las autoridades nacionales, el recurso por incumplimiento y la responsabilidad. 2. Los presupuestos del derecho de indemnización de los particulares por responsabilidad de las autoridades nacionales. 3. El reparto interno de la responsabilidad y los procedimientos nacionales para hacer efectivo el derecho de indemnización.– III. La Responsabilidad del Estado, el derecho de indemnización de los particulares y el Derecho español: 1. La Responsabilidad del «Reino de España» por incumplir el Derecho comunitario europeo. 2. La reclamación por los particulares de la indemnización por los daños sufridos. 3. El derecho de indemnización de los particulares ante los Tribunales españoles.–IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La viabilidad de cualquier ordenamiento jurídico radica precisamente en su capacidad para resolver de forma directa tanto en el Derecho público como en el Derecho privado cuestiones tan simples como las de quién responde, quién indemniza o quién paga. Si no están claras las respuestas a tales preguntas y su efectividad no quedara convenientemente asegurada, podría plantearse incluso la supervivencia de un sistema jurídico dado¹. Y esto es, precisamente, lo que ha ocurrido con el Derecho comunitario europeo donde poco a poco se ha ido construyendo, con unos elementos característicos que lo aproximan de manera patente a los Derechos nacionales, un régimen de responsabilidad por daños causados a los particulares en violación del Derecho de la Unión Europea.

En este sentido, el Derecho comunitario cuenta desde el primer momento con todas las características propias de los Derechos nacionales, especialmente cuando los asuntos se plantean en su totalidad en el ámbito comunitario europeo: desde las reclamaciones de los funcionarios comunitarios en relación con el desempeño de sus funciones hasta las gestiones directas de la Comisión Europea en la aplicación de algunas políticas comunitarias, que, en definitiva, son supervisadas jurisdiccionalmente y en su plenitud por los Tribunales comunitarios.

En cambio, cuando los litigios surgen como consecuencia de la aplicación del Derecho comunitario por las autoridades nacionales –lo cual es la regla general dado el modelo preferentemente descentralizado de la aplicación del Derecho de la Unión–, la relación de este con los Derechos nacionales ha sido configurada por el Tribunal de Justicia mediante unos principios estructurales, de efecto directo, de primacía y de responsabilidad, que muestran el carácter evolucionado del Derecho comunitario europeo.

¹ De la numerosa bibliografía disponible, remito a un estudio, especialmente penetrante de estas cuestiones y abordado desde la perspectiva jurídico-administrativa en los Derechos italiano y español por Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005; en particular el capítulo V, pp. 253-310.

En efecto, en un primer momento, el Tribunal de Justicia consagró el efecto directo de determinadas disposiciones del Derecho comunitario (1963); a continuación el mismo Tribunal comunitario reconoció al Derecho comunitario su primacía sobre los Derechos nacionales (1964); en cambio, tuvieron que transcurrir casi cuatro décadas desde la creación de las Comunidades Europeas para que el Tribunal de Justicia plantease directamente y ofreciese las respuestas apropiadas a lo que se denomina «responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares en violación del Derecho comunitario» (1991).

Las respuestas ofrecidas por el Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad de los Estados y el derecho de indemnización de los particulares están relacionadas estrechamente con los dos principios ya consolidados de efecto directo y primacía. Ahora bien, el Tribunal de Justicia distingue nítidamente entre la responsabilidad de las autoridades nacionales y el derecho de indemnización de los particulares, hasta el punto de que no toda responsabilidad confiere un derecho de indemnización, aunque toda indemnización requiere previamente que exista una responsabilidad atribuible a las autoridades nacionales.

La responsabilidad tiene una trascendencia en la aplicación del Derecho comunitario en los distintos ámbitos nacionales y así se puso de manifiesto en las dos sentencias clave de esta evolución: *Francovich* (1991) en relación con el Derecho italiano² y *Brasserie du pêcheur y Factortame III* (1996) respecto del Derecho alemán y del Derecho británico³. En el caso del Derecho español el asunto más importante en el que se ha asumido plenamente la jurisprudencia comunitaria fue resuelto por el Tribunal Supremo en el recurso contencioso-administrativo formulado por Canal Satélite Digital en reclamación de la responsabilidad patrimonial por la regulación restrictiva del Gobierno español del uso de determinados descodificadores de televisión (2003)⁴.

Así pues, estructuro el presente estudio en torno a dos cuestiones: la responsabilidad en el Derecho comunitario y los supuestos en que cabe reclamar la indemnización por los daños causados por la violación del Derecho comunitario, y la aplicación de esta jurisprudencia comunitaria en el Derecho español. A estos efectos, examinaré, en primer lugar, la doctrina de la responsabilidad de los Estados miembros y el derecho de indemnización de los particulares por daños sufridos por la violación del Derecho comunitario, recordando la evolución de la responsabilidad de las instituciones comunitarias y analizando el alcance de la responsabilidad de las autoridades nacionales en el recurso por incumplimiento, así como los presupuestos del derecho de indemnización de los particulares. La segunda parte la dedico a exponer los aspectos más relevantes de la aplicación del principio de responsabilidad en España, analizando los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, así como la jurisprudencia de los Tribunales españoles sobre la reclamación de la indemnización procedente por la violación del Derecho comunitario.

² TJCE, sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (C-6/90 y 9/90, *Rec. p.* I-5357).

³ TJCE, sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame* (C-46/93 y C-48/93, *Rec. 1996*, p. I-1029).

⁴ TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 12 de junio de 2003 (responsabilidad del Estado por daños causados a Canal Satélite Digital) (recurso núm. 46/1999, ponente: Sieira Míguez).

II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES NACIONALES POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y LOS PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS PARTICULARES

La responsabilidad por la violación del Derecho comunitario tiene dos vertientes: la que se atribuye a las instituciones comunitarias y la que se refiere a los Estados miembros, o si se quiere a las autoridades nacionales. El régimen jurídico de la primera está bien establecido en los propios Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y es la más desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta previsión de los Tratados constitutivos era lógica si se tiene en cuenta que se creaban unas organizaciones internacionales, las Comunidades Europeas, que iban a tener una actuación y una intervención que, en su caso, podrían generar responsabilidad de las instituciones, de los órganos y funcionarios comunitarios.

Sin embargo, tratándose de la responsabilidad de las autoridades nacionales no hay en los Tratados constitutivos ni en otra norma comunitaria una regulación expresa. Tal olvido resulta sorprendente si se tiene en cuenta que desde el primer momento son los Estados miembros, las distintas autoridades nacionales, los que tienen encomendada la ejecución del Derecho comunitario que se lleva a cabo en cada Estado miembro mediante leyes y disposiciones generales, actos administrativos y decisiones judiciales. La única regulación que tiene en cuenta este modelo descentralizado de aplicación del Derecho comunitario es el recurso por incumplimiento establecido en los Tratados de Roma, con el fin de garantizar su aplicación y cumplimiento. En este caso, la responsabilidad de las autoridades nacionales por incumplimiento del Derecho comunitario se construye a imagen y semejanza de la responsabilidad de las instituciones comunitarias pero ofrece características peculiares inspiradas directamente en la técnica empleada en el recurso por incumplimiento. Este recurso es el procedimiento directo para conseguir que el Tribunal de Justicia declare formalmente el incumplimiento por los Estados miembros del Derecho comunitario. Sin embargo, la responsabilidad de las autoridades nacionales y, sobre todo, el derecho de indemnización de los particulares son cuestiones que se plantean en los distintos Estados miembros por lo que son los Jueces nacionales los que deben aplicar tales principios y deducir todas las consecuencias que respecto de los mismos ha establecido el Tribunal de Justicia a través de los reenvíos prejudiciales de los Tribunales nacionales. Se trata, en definitiva, de que los Jueces nacionales apliquen la responsabilidad de las autoridades nacionales y enjuicien el derecho de los particulares a obtener una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la violación del Derecho comunitario, de acuerdo con los tradicionales procedimientos administrativos y jurisdiccionales de cada Estado miembro.

El punto de partida para determinar el alcance de la responsabilidad de las autoridades nacionales es la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha elaborado respecto de la responsabilidad de las instituciones comunitarias en su interpretación del artículo 288.2 (antiguo art. 215.2) del Tratado CE. Esta disposición constitucional, que por su contenido resulta ser modélica, preceptúa: «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

En su jurisprudencia, recaída en la resolución de las reclamaciones de responsabilidad contra las instituciones y órganos comunitarios, principalmente a través del denominado recurso por indemnización, sea de manera autónoma o, lo más frecuente, de modo subsidiario respecto del recurso de anulación, el Tribunal de Justicia ha construido un régimen comunitario de la responsabilidad distinguiendo netamente entre la competencia de los jueces nacionales y de los jueces comunitarios. Así se puso de manifiesto, por ejemplo, en la sentencia *First NV y Franex NV* donde el Tribunal de Justicia, en respuesta a un reenvío prejudicial de un tribunal belga, explicó: «si bien los órganos jurisdiccionales nacionales siguen siendo competentes para conocer de las pretensiones de indemnización de los daños causados a particulares por las autoridades nacionales cuando aplican el Derecho comunitario, el artículo 235 CE confiere a los Tribunales comunitarios competencia exclusiva para conocer de las acciones de indemnización dirigidas, con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo, contra la Comunidad Europea»⁵.

Aunque no sea necesario profundizar en ello, esta nítida separación desde un punto de vista teórico, en la práctica resulta bastante confusa si tenemos en cuenta que con frecuencia la ejecución del Derecho comunitario, por ejemplo de la política agrícola, de las subvenciones de los fondos estructurales, etc., se lleva a cabo de manera compartida por la Comisión Europea y las distintas Administraciones nacionales⁶.

En consecuencia y aun cuando la jurisprudencia comunitaria sea bastante restrictiva, el Tribunal de Justicia cuenta con un régimen de responsabilidad bien establecido y aplicable a las instituciones y órganos comunitarios.

1. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LAS AUTORIDADES NACIONALES, EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD

Inspirándose en el Derecho internacional clásico y en algunos sistemas constitucionales federales, las Comunidades Europeas han optado por encomendar con carácter general a las autoridades nacionales la aplicación o la ejecución del Derecho comunitario. En correspondencia con este modelo de ejecución, los Tratados comunitarios establecieron un recurso por incumplimiento a través del cual la Comisión Europea, en su calidad de guardiana de los Tratados, o cualquier otro Estado miembro pueden solicitar al Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento por las autoridades nacionales de las obligaciones que derivan de los Tratados constitutivos.

⁵ TJCE, sentencia de 26 de noviembre de 2002, Comunidad Europea / *First NV y Franex NV* (C-275/00, Rec. p. I-10943, apartado 43).

⁶ Sobre la aplicación y la canalización compartida de los fondos europeos, remito a mi libro *Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos*, Bosch, Barcelona, 2006.

A) El recurso por incumplimiento y las sentencias declarativas del incumplimiento de los Estados miembros

El objetivo fundamental del recurso por incumplimiento es simplemente constatar y declarar formalmente el incumplimiento por un Estado miembro de sus obligaciones comunitarias. La ventaja de este recurso, que tiene una fase administrativa ante la Comisión Europea y otra judicial ante el Tribunal de Justicia, es su sencillez. Por una parte están legitimados para iniciarlo la Comisión Europea y cualquier Estado miembro. Por otra parte, su objeto es suficientemente amplio y comprensivo: el mero incumplimiento de las obligaciones comunitarias. En fin, la legitimación pasiva, es decir aquéllos frente a los cuales se puede instar el recurso por incumplimiento, corresponde a las autoridades nacionales o más precisamente a los Estados miembros⁷.

Por lo que se refiere a la legitimación activa aunque se atribuye tanto a la Comisión Europea como a los Estados miembros, en realidad ha sido la Comisión la que ha utilizado esta vía de control de las autoridades nacionales.

A estos efectos, la Comisión Europea está facultada para decidir ‘discrecionalmente’ el inicio del procedimiento por incumplimiento, dado que, como ha reconocido el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, «en el sistema establecido por el artículo 226 CE, la Comisión dispone de una facultad discrecional para iniciar un recurso por incumplimiento y que no corresponde al Tribunal de Justicia si el ejercicio de dicha facultad es o no oportuno»⁸. Esto supone que la posición de los particulares respecto de la Comisión es muy subordinada, pues, en puridad, no tienen derecho a que la Comisión Europea inicie un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro⁹.

En el caso de los Estados miembros, aun cuando están legitimados para recurrir ante el Tribunal de Justicia, deberán someter previamente el asunto a la consideración de la Comisión Europea por un plazo de tres meses; los Estados miembros, a la vista del dictamen o transcurrido el plazo sin que la Comisión lo haya emitido, podrán recurrir al Tribunal comunitario de conformidad con el artículo 227 del Tratado CE. Por lo general, los Estados miembros prefieren no enfrentarse directamente y dejan la

⁷ GIL IBÁÑEZ, Alberto J., *El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, pp. 111-148.

⁸ TJCE, sentencia de 6 de julio de 2000, Comisión / Bélgica, C-236/99, Rec. p. I-5657, apartado 28. Asimismo, el Tribunal comunitario ha recordado la «función de guardiana del Tratado de la Comisión» puntualizando: «En el marco del ejercicio de las competencias que le otorgan los artículos 155 y 169 del Tratado, la Comisión no necesita demostrar la existencia de un interés específico en ejercitar la acción. En efecto, el artículo 169 no se propone proteger los derechos propios de la Comisión. Ésta tiene por misión, en el interés general comunitario, velar de oficio por que los Estados miembros apliquen el Tratado y las disposiciones adoptadas por las Instituciones con arreglo a éste e instar la declaración de la existencia de posibles incumplimientos de las obligaciones que derivan de él, con vistas a poner fin a éstos» (sentencia de 11 de agosto de 1995, Comisión / Alemania (C-431/92, Rec. p. I-2189, apartado 21).

⁹ El Tribunal de Justicia lo ha reconocido en estos términos: «la situación procesal de las partes que han presentado una denuncia ante la Comisión es fundamentalmente diferente en el ámbito de un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado de la que le corresponde en el marco de un procedimiento con arreglo al Reglamento núm. 17 [relativo al Derecho de libre competencia]. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión no está obligada a iniciar un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado, sino que dispone de una facultad discrecional de apreciación que excluye el derecho de los particulares a exigir que defina su postura en un sentido determinado» (auto, de 17 de julio de 1998, Sateba / Comisión (C-422/97 P, Rec. p. I-4913, apartado 42).

iniciativa a la Comisión Europea a la que, en su caso, apoyan activamente en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia¹⁰.

Respecto de la legitimación pasiva y del objeto resulta de especial interés subrayar que este recurso por incumplimiento se aplica en clave de Derecho internacional clásico, es decir, se dirige única y exclusivamente contra un Estado miembro, sin necesidad de distinguir entre sus poderes centrales o descentralizados, entre sus órganos legislativos, administrativos o judiciales, o incluso frente a entes públicos o privados que de modo directo o indirecto pueden considerarse como parte del Estado. Del mismo modo el objeto del recurso judicial consiste en determinar el incumplimiento de cualquier obligación comunitaria, sea una acción o una omisión y se refiera a una disposición comunitaria del Derecho originario, Derecho derivado, etc.

Es esta perspectiva la que permite al Tribunal de Justicia deducir los rasgos fundamentales de la aplicación del principio de responsabilidad de las autoridades nacionales. Por una parte, la responsabilidad se puede atribuir a cualquier órgano del Estado, sea del poder legislativo, ejecutivo o incluso judicial. Tal perspectiva, por tanto, permite que el Tribunal de Justicia supere cualquier obstáculo derivado de tradiciones constitucionales o legales de gran importancia en los Derechos nacionales como la supremacía del Parlamento y de sus leyes sobre los demás poderes del Estado, como es el caso de la tradición británica, o el principio de cosa juzgada de las resoluciones judiciales de todos los Derechos nacionales, etc.

Este enfoque ha sido reiterado en la sentencia Köbler, de 30 de septiembre de 2003, donde el Tribunal de Justicia ha explicado: «Si en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo, con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares»¹¹.

Ahora bien, frente a las objeciones planteadas por los Gobiernos nacionales y referidas al principio de la cosa juzgada y a la independencia judicial –en la medida en que «garantizan tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia»–, el Tribunal de Justicia las supera en la medida en que la responsabilidad derivada de la violación del Derecho comunitario exige la reparación de daño «pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado

¹⁰ Los Estados miembros sólo han recurrido entre sí por la vía del recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia en cinco ocasiones, aunque el Tribunal de Justicia sólo ha tenido que dictar tres sentencias: la sentencia de 4 de octubre de 1979, Francia / Reino Unido (141/78, Rec. p. 2923); la sentencia de 16 de mayo de 2000, Bélgica / España (denominación de origen y embotellado de vinos de Rioja) (C-388/95, Rec. p. I-3123); y la sentencia de 12 de septiembre de 2006, España / Reino Unido (derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo de los gibraltareños) (C-145/04, Rec. p. I-7917). El primer asunto 58/77 fue planteado por Irlanda contra Francia, pero fue archivado el 15 de febrero de 1978 por el Tribunal de Justicia. Asimismo, España presentó el 4 de septiembre de 1992 un recurso por incumplimiento, registrado en el Tribunal de Justicia como asunto C-349/92, contra el Reino Unido por mantener una legislación tributaria que gravaba de manera diferente el jerez y el «british sherry» (DOCE núm. C 256, de 3 de octubre, p. 14); la efectividad de la acción fue manifiesta dado que el asunto fue archivado, mediante auto del Tribunal de Justicia, el 27 de noviembre de 1992 (DOCE núm. C 340, de 23 de diciembre, p. 6).

¹¹ TJCE, sentencia de 30 de septiembre de 2003, Gerhard Köbler / Austria (C-224/01, Rec. p. I-10239, apartado 32).

el daño» por lo que «el principio de fuerza de cosa juzgada no se opone al reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia»¹².

Esta jurisprudencia fue confirmada y precisada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Traghetti del Mediterraneo* de modo que la responsabilidad del Estado por la actuación judicial no puede restringirse o excluirse mediante una legislación nacional respecto de «un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia», ni respecto de la «interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional»; y tampoco las legislaciones nacionales puede limitar «la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable»¹³.

En cualquier caso y a pesar de su naturaleza declarativa las sentencias que estiman el recurso por incumplimiento producen efectos jurídicos. Por una parte, resulta habitual que después de una «condena declarativa» del Tribunal de Justicia los Estados miembros cumplan sus obligaciones comunitarias en los términos establecidos en la sentencia. Asimismo y como veremos a continuación, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre responsabilidad de las autoridades nacionales y el consiguiente derecho de indemnización de los particulares permite esgrimir una «sentencia declarativa», como constatación del incumplimiento de una obligación comunitaria, con el fin de que se considere cumplido uno de los requisitos para que el particular pueda reclamar la indemnización por los daños causados por violación del Derecho europeo.

B) Los mecanismos de ejecución forzosa de las sentencias declarativas: las multas coercitivas impuestas por el Tribunal de Justicia

La naturaleza meramente declarativa de las sentencias por incumplimiento reveló la debilidad del sistema y reclamó remedios adecuados que no fueron adoptados hasta que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 el Tratado de Maastricht. Hasta ese cambio constitucional para lograr el cumplimiento de las sentencias declarativas por parte de los Estados renuentes era necesario iniciar un nuevo procedimiento por incumplimiento que terminaba nuevamente en sentencia «declarativa», y así hasta la extenuación, en beneficio, desde luego, del Estado miembro recalcitrante. En la reforma de 1992 se añadió un nuevo párrafo al artículo 171 del Tratado CE (lo que constituye el actual artículo 228.2) donde se prevé la posibilidad de que, ante el incumplimiento de una sentencia declarativa de incumplimiento, la Comisión emita un dictamen motivado y que, posteriormente, someta el asunto al Tribunal de Justicia indicando el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que el Tribunal podrá imponer al Estado miembro recalcitrante.

¹² Apartados 38 a 49 de la sentencia *Köbler*.

¹³ TJCE, sentencia de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo* (C-173/03, *Rec.* p. I-5177, apartado 46).

Con el fin de poner en marcha el nuevo procedimiento sancionador introducido por el Tratado de Maastricht, la Comisión Europea adoptó en 1996 y 1997 dos documentos complementarios en los que expuso los criterios a los que se atenderá en el ejercicio de sus competencias, que fueron adaptados a finales de 2005.

En su primera Comunicación, de 1996, la Comisión Europea indica que, dentro de la discrecionalidad que le otorga el Tratado CE para iniciar el procedimiento, no intervendrá cuando se trate de infracciones de carácter menor, no haya riesgo de reincidencia, etc. Del mismo modo, la Comisión anuncia que, de los dos tipos de sanciones pecuniarias que ofrece el Tratado (suma a tanto alzado y multa coercitiva), elegirá con carácter general como más adecuada la multa coercitiva. En la determinación del importe de la sanción se guiará por tres criterios (gravedad de la infracción, duración de la misma y efecto disuasorio de la sanción). La Comisión Europea explica qué debe entenderse, a su juicio, por gravedad de la infracción, tal sería el caso, por ejemplo, del incumplimiento de una sentencia. En fin, la Comisión adelanta los criterios que tendrá en cuenta para calcular la multa coercitiva: la importancia de las normas comunitarias infringidas y las consecuencias de la infracción para los intereses generales y particulares¹⁴.

En la segunda Comunicación, de 1997, la Comisión Europea explicó, de manera complementaria, el modo de calcular la multa coercitiva¹⁵. Los principios que inspiran el método de cálculo son la proporcionalidad y la igualdad de trato a los Estados miembros. De acuerdo con las palabras de la propia Comisión: «la multa coercitiva que deberá pagar el Estado miembro será el importe, calculado por día de demora, que sancione la no ejecución de una sentencia del Tribunal, empezando a contar dicha multa coercitiva a partir del día de la comunicación de la segunda sentencia del Tribunal al Estado miembro afectado, hasta el día en que éste ponga fin a la infracción».

A partir de aquí, la Comisión construye un método de cálculo basado en la fijación de un «tanto alzado de base uniforme» de 500 euros por día [desde 2006 son 600], al que se le aplicarán los «coeficientes multiplicadores» que derivan de la gravedad y de la duración de la infracción. En el caso de la gravedad el coeficiente aplicable oscilará entre 1 y 20, y en su graduación se tendrá en cuenta la naturaleza, el alcance y la claridad de la norma infringida, y las medidas adoptadas por el Estado incumplidor. Por lo que se refiere a la duración el coeficiente se gradúa de 1 a 3, de manera que se tenga en cuenta la duración de la infracción desde la primera sentencia del Tribunal de Justicia declarando el incumplimiento y el comportamiento del Estado en el procedimiento. Con el fin de que la multa tenga un efecto disuasorio y sea proporcionada a la capacidad económica de cada Estado miembro, la Comisión calcula un «factor n» para cada Estado en función del PIB y del número de votos de que dispone en el Consejo, de manera que se establece una tabla con un «factor n» para cada Estado, de modo que, por ejemplo, es 1 para Luxemburgo, 11,4 [14,77 desde 2006] para España y 26,4 [25,40 a partir de 2006] para Alemania.

El primer recurso que llegó al Tribunal de Justicia se refería al incumplimiento por parte de Grecia de una sentencia de 7 de abril de 1992 que ya había declarado el incumplimiento de una Directiva relativa a la gestión de residuos en la región creten-

¹⁴ Comunicación sobre aplicación del artículo 171 Tratado CE (DOCE núm. C 242, de 21 de agosto de 1996, p. 6).

¹⁵ Método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el artículo 171 del Tratado CE (DOCE núm. C 63, de 28 de febrero de 1997, p. 6).

se de La Canea. En este caso, la Comisión Europea aplicando el procedimiento y los criterios anunciados en sus Comunicaciones propuso al Tribunal la imposición a Grecia de una multa de 24.600 euros diarios «pagaderos desde la fecha de notificación de la sentencia que resuelva el presente procedimiento hasta que se ponga fin a las infracciones».

En sus Conclusiones, de 28 de septiembre de 1999, el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo analiza la «naturaleza de las sanciones ex artículo 171» y considera respecto de su correcta caracterización, a la vista del procedimiento, de las facultades de la Comisión y de la amplitud de examen del Tribunal de Justicia, que «el procedimiento previsto en el artículo 171 no es asimilable a un proceso penal, asemejándose, más bien, a un peculiar trámite judicial de ejecución de sentencias [...] Las medidas coercitivas han de considerarse como instrumentos procesales accesorios de la primera sentencia declarativa de infracción, no como normas de carácter penal o asimilables»¹⁶. Por tanto y a pesar de que se hace referencia a las sanciones que impone, a propuesta de la Comisión, el Tribunal de Justicia, sólo estamos ante un mero procedimiento de ejecución forzosa de sentencias previas declarativas.

Así pues, el Tribunal de Justicia se pronunció por primera vez en la sentencia de 4 de julio de 2000 imponiendo a Grecia una sanción de 20.000 euros por día de retraso en la adopción de las medidas necesarias para cumplir la sentencia de 7 de abril de 1992, Comisión / Grecia (C-45/91) «a partir del pronunciamiento de la presente sentencia y hasta la ejecución de la sentencia [declarativa]»¹⁷.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia refundió en 2005 sus Comunicaciones, ajustando y simplificando los distintos coeficientes aplicables y explicó cuáles serían las líneas que inspirarían su política de control a partir de 2006, lo que incluiría no sólo la propuesta de una multa coercitiva sino también de una suma a tanto alzado con el fin de que «en caso de regularización por el Estado miembro después del recurso al Tribunal de Justicia y antes de la sentencia dictada en virtud del artículo 228, la Comisión ya no suspenderá, sólo por este motivo, el procedimiento»¹⁸.

Hasta finales 2007 y de los 26 recursos presentados por la Comisión Europea al Tribunal de Justicia sólo en cinco supuestos se ha terminado en sentencias de ejecución forzosa de sentencias declarativas previas: una respecto de Grecia, otra de España, dos de Francia y una de Italia¹⁹; no obstante, aun cuando ha habido numerosos desistimientos de la Comisión Europea por cumplimiento voluntario del Estado, aún seguían a principios de 2007 pendientes de sentencia cuatro recursos.

¹⁶ Conclusiones, de 28 de septiembre de 1999, del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo, C-387/97, apartados 42 y 85.

¹⁷ TJCE, sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión / Grecia (incumplimiento de la sentencia sobre el vertedero de Kurupitos) (C-387/97, Rec. p. I-5047). Dado que el cumplimiento de la sentencia se demoró bastante, el Gobierno helénico debió pagar un total de 5,4 millones de euros entre el 4 de julio de 2000 y el 31 de marzo de 2001 (DOCE núm. C 93 E, de 18 de abril de 2002, p. 27; y XIX Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2001) COM (2002) 324 final, de 28 de junio de 2002, p. 15).

¹⁸ Comisión Europea, Comunicación sobre la aplicación del artículo 228 del Tratado CE, SEC/2005/1658.

¹⁹ Comisión Europea, XXIV Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2006), COM (2007) 398 final, (SEC (2007) 975) y (SEC (2007) 976), 17 de julio de 2007, p. 8-12.

C) Los particulares y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario por las autoridades nacionales

A pesar del perfeccionamiento del recurso por incumplimiento, desde el punto de vista de los particulares sus limitaciones son manifiestas. Por una parte, el procedimiento administrativo y judicial es tan lento que puede requerir un esfuerzo de cinco o incluso diez años; por otra parte, el propio aparato administrativo de la Comisión Europea es reducido por lo que debe seleccionar aquellos casos más significativos; en fin, la implicación del particular se reduce, en la práctica, a denunciar a la Comisión los incumplimientos, pero poco más tiene derecho a hacer en un procedimiento que se ventila entre la Comisión Europea y los Estados miembros.

Sin embargo, la relación de los ciudadanos con el Derecho comunitario se produce, por lo general, a través de las autoridades nacionales que aplican Reglamentos, que transponen Directivas, que canalizan fondos europeos o que, en fin, aplican judicialmente el Derecho europeo. Aunque el Tribunal de Justicia había reconocido el efecto directo y la primacía, y los jueces nacionales tenían en cuenta y aplicaban estos principios, quedaban ámbitos, por ejemplo cuando las normas europeas no tenían efecto directo, en los que el incumplimiento de las obligaciones comunitarias por las autoridades nacionales dejaba inermes a los ciudadanos.

Estas circunstancias explican que el Tribunal de Justicia culminase en los años 90 su extraordinaria jurisprudencia sobre el efecto directo y sobre la primacía con un reconocimiento de los efectos de la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario. En este sentido, para el Tribunal de Justicia el principio de responsabilidad es la «lógica consecuencia» de su jurisprudencia sobre la primacía y el efecto directo.

En efecto, en la sentencia *Francovich*, de 1991, los razonamientos del Tribunal de Justicia se apoyan expresamente en los principios fundamentales del ordenamiento comunitario, «cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales», que había elaborado previamente el Tribunal de Justicia en sentencias tan significativas como *Van Gend & Loos*²⁰, *Costa / ENEL*²¹, *Simmenthal*²² y *Factortame I*²³, por lo que, como reconoce el Tribunal comunitario, «la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro»²⁴.

También el Tribunal de Justicia reconoce que el fundamento inmediato del principio de responsabilidad y el consiguiente derecho de reparación de los particulares se encuentra en el principio de cooperación que se impone a todos los órganos y autoridades nacionales en el cumplimiento del ordenamiento comunitario. Por ello, el Tribunal comunitario lo justifica de este modo en la misma sentencia *Francovich*: «la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas

²⁰ TJCE, sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos* (26/62, *Rec.* p. 3).

²¹ TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa / ENEL* (6/64, *Rec.* p. 1141).

²² TJCE, sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (106/77, *Rec.* p. 629).

²³ TJCE, sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame* (C-213/89, *Rec.* p. I-2433).

²⁴ TJCE, sentencia *Francovich*, antes citada, apartado 33.

las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario (véase, en lo que respecta a la disposición análoga del artículo 86 del Tratado CECA, la sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet, 6/60, Rec. p. 1125)»²⁵.

Pero, sin duda, ha sido la sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* de 1996 la que ha consolidado esta jurisprudencia relativa a la responsabilidad de las autoridades nacionales por incumplimiento del Derecho comunitario argumentando: «el principio de la responsabilidad del Estado por los daños causados por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado. De ello resulta 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»²⁶.

En la sentencia *Francovich* el Tribunal de Justicia expuso los requisitos para reconocer el derecho de indemnización de los particulares, pero lo hizo con el fin de resolver el problema planteado ante el Juez italiano que le había formulado la cuestión prejudicial, los perjuicios sufridos por varios trabajadores por falta de transposición de una Directiva: «el primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas»²⁷.

Aunque esta jurisprudencia se repitió en importantes sentencias posteriores²⁸, fue en 1996 cuando los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* permitieron al Tribunal de Justicia configurar definitivamente los tres requisitos, en particular el segundo, para que un particular pueda reclamar un derecho de indemnización por daños causado por la violación del Derecho comunitario.

A diferencia de *Francovich*, en la que se resuelve el problema específico de aplicación de las Directivas, en la sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* se establece una teoría general sobre los presupuestos para que la responsabilidad del Estado se traduzca en un derecho de indemnización del particular, que en términos lapidarios así expresa el Tribunal de Justicia: «el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas»²⁹.

²⁵ TJCE, sentencia *Francovich*, antes citada, apartado 36.

²⁶ TJCE, sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, ya citada, apartados 31 y 32.

²⁷ TJCE, sentencia *Francovich*, antes citada, apartado 40.

²⁸ TJCE, sentencia de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret / Fondo de Garantía Salarial* (C-334/92, Rec. p. I-6911) y sentencia de 14 de julio de 1994, *Paola Faccini Dori* (C-91/92, Rec. p. I-3325).

²⁹ TJCE, sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 51.

Esta jurisprudencia es de tal trascendencia que ha sido adoptada en 1998 por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) en la aplicación del Tratado del Espacio Económico Europeo³⁰.

2. LOS PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS PARTICULARES POR RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES NACIONALES

De la jurisprudencia comunitaria se deduce que el principio de responsabilidad puede generar en determinados casos un derecho de indemnización de los particulares. Los presupuestos del derecho de indemnización son tres: la violación de una norma comunitaria que confiera derechos a los particulares, la violación suficientemente caracterizada y la relación de causalidad. En los casos en que no se cumplan estos requisitos resulta patente que el incumplimiento del Derecho implica una responsabilidad, de la misma naturaleza, por ejemplo, que la derivada de una sentencia «declarativa» de incumplimiento, pero, en cambio, no genera en favor del particular un derecho de indemnización.

A) La norma comunitaria confiere derechos a los particulares

Este presupuesto está vinculado a la interpretación que previamente se haga de la norma comunitaria considerada vulnerada. Desde luego su significado está vinculado, aunque no sea coincidente, con la delimitación que el Tribunal de Justicia ha hecho del denominado efecto directo de las normas comunitarias. Conforme a este requisito, aun cuando se haya vulnerado una norma comunitaria, sólo cabrá indemnización si la referida norma atribuye derechos a los particulares.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es difícil determinar qué normas comunitarias confieren directamente derechos a los particulares. Y así, se pueden examinar los derechos que derivan directamente de los Tratados constitutivos, como es el caso de las libertades fundamentales de libre circulación de mercancías o de personas, el derecho de establecimiento, el derecho de igualdad entre trabajadores

³⁰ Tribunal de la AELC, Dictamen consultivo de 10 de diciembre de 1998, Erla María Sveinbjörnsdóttir / Gobierno de Islandia (E-9/97). El Tribunal de la AELC tiene en cuenta, primero, la naturaleza del Tratado EEE pues «aunque el grado de integración en el Acuerdo EEE es menor que en el Tratado CE, la finalidad y el objetivo del Acuerdo EEE sobrepasa lo que es habitual en un acuerdo adoptado conforme al Derecho internacional público» (apartado 59); y, después, el Tribunal de la AELC funda su interpretación en el artículo 3 del Tratado EEE cuya redacción es literalmente idéntica a la del artículo 10 del Tratado CE relativo al principio de cooperación. En consecuencia, el Tribunal de la AELC llega a esta conclusión que nos resultará familiar después de conocer el Derecho comunitario: «resulta un principio del Tratado del EEE que las Partes Contratantes están obligadas a reconocer la indemnización por daños y perjuicios causados a los particulares por violaciones de las obligaciones asumidas de acuerdo con el Tratado del EEE cuya responsabilidad es atribuible a los Estados de la AELC» (apartado 63). A la hora de establecer las condiciones de la responsabilidad del Estado el Tribunal de la AELC lo hace en los mismos términos que la jurisprudencia comunitaria, es decir, requiriendo primero que la norma confiera derechos a los particulares cuyo contenido pueda ser identificado en atención a las disposiciones, en este caso de la Directiva 80/987/CEE; en segundo lugar, que la violación por parte del Estado afectado sea suficientemente grave; y por último, que haya un nexo de causalidad entre la violación de la obligación del Estado y los daños y perjuicios sufridos por las partes interesadas (apartado 66).

y trabajadoras, etc. Y lo mismo ocurre con la normas de Derecho derivado. Las sentencias inmediatamente posteriores a *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* así lo pusieron de manifiesto el mismo año de 1996 en sentencias como *Hedley Lomas*, *British Telecommunications*, *Dillenkofer*, etc., en relación con disposiciones del Tratado CE o Directivas.

Especial interés ha suscitado, no obstante, la determinación de los derechos conferidos por las Directivas. En este caso, el Tribunal comunitario examina si el resultado querido por la Directiva en cuestión implica «la atribución, a favor de los particulares, de derechos cuyo contenido pueda ser suficientemente identificado» y comprueba, por ejemplo en la sentencia *Dillenkofer*, que el artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE «implica la atribución al adquirente de un viaje combinado de derechos que garanticen el reembolso de los fondos depositados y su repatriación en caso de insolvencia o de quiebra del organizador y cuyo contenido puede ser suficientemente identificado»³¹.

Del mismo modo, en la sentencia *Denkavit Internationaal BV*, el Tribunal comunitario estima que un Estado miembro no puede supeditar la concesión de una ventaja fiscal prevista por la Directiva 90/435/CEE al requisito de que, en el momento de la distribución de los beneficios, la sociedad matriz haya poseído una participación determinada durante un período establecido al efecto³².

En la sentencia *Farrell*, referida a la invocabilidad frente al *Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)* de una disposición de la Directiva sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles que no había sido incorporada adecuadamente por las autoridades irlandesas, el Tribunal de Justicia ha reiterado el carácter subsidiario y en todo caso complementario del derecho de indemnización. De modo que sólo puede utilizarse la vía indemnizatoria más que, cuando a pesar de que una Directiva confiera derechos a los particulares, éstos no puedan invocarlos frente a un tercero por no ser equiparable a un órgano del Estado. En este sentido el Tribunal comunitario explica las tres soluciones que escalonadamente deben aplicarse respecto de las directivas (efecto directo de la directiva, interpretación del Derecho nacional de conformidad con la finalidad de la directiva o, como último remedio, la indemnización por responsabilidad del Estado): «Si el órgano jurisdiccional nacional estimara que la Directiva no puede invocarse frente al MIBI, al aplicar el Derecho interno y, en particular, las disposiciones de una normativa específicamente adoptada para ejecutar lo exigido por una directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue [...] En cualquier caso, podría generarse la responsabilidad del Estado miembro de indemnizar los daños sufridos por la no adaptación correcta del Derecho interno a una directiva, en el sentido de la sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357)»³³.

³¹ TJCE, sentencia de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* y otros (C-178/94, C-179/94, C-188 a 190/94, Rec. p. I-4845, apartado 46).

³² TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1996, *Denkavit Internationaal BV* y otras (C-283/94, C-291/94 y C-292/94, Rec. p. I-5063, apartado 36).

³³ TJCE, sentencia de 19 de abril de 2007, *Farrell* (C-356/05, Rec. p. I-, apartados 42 y 43).

B) La violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada

De los tres requisitos, la configuración más importante se refiere precisamente a que «la violación esté suficientemente caracterizada». Si bien la nueva jurisprudencia surge en relación con la violación por «actos normativos del Estado», puede considerarse aplicable a cualquier tipo de acciones u omisiones de las autoridades nacionales –actos administrativos o decisiones judiciales– que constituyan violación del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia recurre a su jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias y utiliza dos criterios para comprobar si la violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada: cuando, por una parte, las autoridades nacionales tienen una facultad de apreciación estrecha, la mera violación se puede considerar en la práctica, casi de manera automática, como suficientemente caracterizada; y cuando, por otra parte, las autoridades nacionales tienen una facultad de apreciación amplia a la hora de cumplir las obligaciones comunitarias, se impone una interpretación restrictiva del alcance de la responsabilidad.

Para el primer caso, es decir, cuando las autoridades nacionales, vinculadas por una obligación comunitaria, tienen una facultad de apreciación estrecha, la simple violación de esa obligación se considera suficientemente caracterizada y el propio Tribunal pone un ejemplo en su sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, la falta de transposición de una Directiva, explicándolo del siguiente modo: «el legislador nacional, al igual, por otra parte, que las Instituciones comunitarias, no dispone sistemáticamente de una amplia facultad de apreciación cuando actúa en un ámbito regido por el Derecho comunitario. Este puede imponerle obligaciones de resultado u obligaciones de actuar o abstenerse que reduzcan, a veces considerablemente, su margen de apreciación. Así sucede, en particular, en el supuesto de que, como ocurría en las circunstancias que concurrían en la sentencia *Francovich* y otros, antes citada, el Estado miembro está obligado, en virtud del artículo 189 del Tratado, a adoptar, dentro de cierto plazo, todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva. En ese supuesto, el hecho de que las medidas que deban adoptarse incumban al legislador nacional carece de pertinencia para que exista la responsabilidad del Estado miembro debida a la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva»³⁴.

En cambio, cuando el Estado tiene una facultad de apreciación amplia, el Tribunal de Justicia considera en *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* que se cumple el requisito de la «violación suficientemente caracterizada» sólo después de realizar un detenido examen de las circunstancias de la violación, de manera que «el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación».

El Tribunal comunitario recoge una serie de elementos que deben tenerse en cuenta para alcanzar esta calificación: el grado de claridad y 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

³⁴ TJCE, sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 46.

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. Pero también, a juicio del Tribunal de Justicia, ha de tenerse en cuenta que «en cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido»³⁵.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial a la violación de las Directivas es muy significativa dado que son dos los tipos de violación de estas normas: que la Directiva no haya sido incorporada al Derecho nacional en el plazo previsto o que la Directiva en cuestión haya sido incorrectamente aplicada. Tanto en uno como en otro caso, resulta una violación del Derecho comunitario y de la misma deriva la responsabilidad del Estado miembro incumplidor. Sin embargo, a la hora de determinar los requisitos para que la responsabilidad genere un derecho de indemnización en favor de los particulares, el Tribunal de Justicia interpreta del siguiente modo el término «violación suficientemente caracterizada».

Si el Estado miembro no ha adoptado medida alguna de transposición, el Tribunal de Justicia considera que el solo hecho de la no transposición constituye una violación suficientemente caracterizada del ordenamiento comunitario y así lo ha constatado, por ejemplo, en las sentencias Francovich, Wagner Miret, Faccini Dori, El Corte Inglés o Dillenkofer. De modo que, con carácter general, la no transposición de la Directiva, por tratarse de un incumplimiento manifiesto y grave del Derecho comunitario, constituye en sí misma una violación «suficientemente caracterizada» del Derecho comunitario y puede generar en favor de los particulares perjudicados un derecho a obtener reparación si se cumplen los demás requisitos.

Por ejemplo, en la sentencia Dillenkofer el Tribunal comunitario reconoce que «el requisito de la violación suficientemente caracterizada, que ciertamente no se mencionaba en la sentencia Francovich, era, sin embargo, inherente a las circunstancias del asunto» y a continuación comprueba que se cumple el segundo requisito para que surja el derecho de indemnización por la mera falta de transposición «sin que proceda tener en consideración otros requisitos. En particular, no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado [...] ni a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable»³⁶.

En cambio, cuando la transposición se ha hecho dentro del plazo pero de manera incorrecta, a juicio del Tribunal de Justicia sólo en circunstancias particulares podría calificarse la violación de suficientemente caracterizada, y así lo ha comprobado en sucesivas sentencias.

³⁵ TJCE, sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 57; elementos que el Tribunal de Justicia reitera en sentencias posteriores; así, por ejemplo, en la sentencia de 4 de diciembre de 2003, Evans (C-63/01, Rec. p. I-14447, apartado 86).

³⁶ TJCE, sentencia Dillenkofer, ya citada, apartado 23 y apartados 27 a 29.

Por ejemplo, en la sentencia *Denkavit Internationaal* llegando a la conclusión de que la errónea transposición de la Directiva 90/435 por Alemania, que, indudablemente, supone un incumplimiento de las obligaciones comunitarias, no puede ser considerada una violación suficientemente caracterizada por lo que no ha generado la obligación de indemnizar a las sociedades en cuestión por los daños sufridos. En este caso, a diferencia del supuesto de falta de transposición en que la violación suficientemente caracterizada resulta prácticamente implícita, si las autoridades nacionales han adoptado medidas de aplicación, sólo en casos excepcionales, el incumplimiento por incorrecta adaptación podrá considerarse como violación suficientemente caracterizada —en atención fundamentalmente al grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada—, pudiendo dar lugar, si se cumplen los demás requisitos, a la reparación de los daños sufridos por los particulares.

En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal de Justicia en la sentencia *British Telecommunications* donde consideraba que la transposición incorrecta implica la responsabilidad del Estado aunque de ésta no se deriva un derecho de indemnización en favor de los particulares lesionados³⁷.

Ahora bien, en la sentencia *Rechberger* el Tribunal comunitario estima que, a pesar de una transposición parcial, el Estado no disponía de ningún margen de apreciación en cuanto a la entrada en vigor de la Directiva 90/314 sobre viajes combinados por lo que la limitación temporal de la protección de esta Directiva «constituye una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario»³⁸. Del mismo modo, en la sentencia *A.G.M.-COS.MET*, el Tribunal comunitario constató la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada de la Directiva 98/37/CE sobre máquinas que, en principio, podía ser imputable a Finlandia en la medida en que los elevadores fabricados por AGM se benefician de la presunción de conformidad de la Directiva, puesto que se había certificado su conformidad con ésta y contaban con el marcado «CE». Nótese que en este caso está en juego la libre circulación de mercancías, es decir, una de las libertades económicas fundamentales. Por eso, a juicio del Tribunal de Justicia, las declaraciones hechas por un funcionario finlandés que presentaban estos elevadores, en diferentes medios de comunicación y en informes con una gran difusión, como contrarios a la norma técnica y peligrosos pueden obstaculizar al menos indirecta y potencialmente su comercialización. Por tanto, el Tribunal comunitario concluyó considerando que la infracción de la Directiva cometida a través de declaraciones del funcionario, suponiendo que puedan ser imputadas al Estado miembro, «constituye una infracción suficientemente caracterizada del Derecho comunitario que genera la responsabilidad de dicho Estado»³⁹.

En cambio, en la sentencia *Robins* el Tribunal de Justicia repitió la doctrina conforme a la cual «en caso de adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 8 de la Directiva [80/987/CEE sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario], la responsabilidad del Estado miembro de que se trate está supeditada a la constatación de una inobservancia manifiesta y grave, por parte de dicho Estado, de los límites impuestos a su facultad de apreciación»; pero todas las indicaciones del Tribunal de Justicia parecen abogar la idea de que en el caso concreto no hay infracción suficientemente caracterizada porque encomienda al tri-

³⁷ TJCE, sentencia de 26 de marzo de 1996, *H.M. The Queen / Treasury y British Telecommunications plc* (C-392/93, *Rec.* p. I-1631).

³⁸ TJCE, sentencia de 15 de junio de 1999, *W. Rechberger y otros* (C-140/97, *Rec.* p. I-3499, apartados 51 y 52).

³⁹ TJCE, sentencia de 17 de abril de 2007, *A.G.M.-COS.MET* (C-470/03, *Rec.* p. I-, apartado 86).

bunal británico la tarea de «tener en cuenta el grado de claridad y de precisión del artículo 8 de la Directiva en cuanto al nivel de protección exigido», pero también le advierte de «ni las partes en el litigio principal, ni los Estados miembros que han presentado observaciones, ni la Comisión han sido capaces de determinar con precisión el grado mínimo de protección que, según ellos, exige la Directiva, en el supuesto de que se considere que ésta no impone una garantía íntegra»; tampoco el artículo 8 de la Directiva ni ninguna otra disposición de la misma contienen datos que permitan determinar con precisión el nivel mínimo exigido de protección de los derechos a prestaciones; y, en fin, previamente la Comisión Europea había considerado en su informe COM(95) 164 final que ‘Las diversas normas [adoptadas por el Reino Unido] parecen responder a las exigencias del artículo 8 [de la Directiva]’⁴⁰.

En la sentencia el Tribunal de Justicia, después de constatar que no ha habido una incorrecta transposición al Derecho alemán de las Directivas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, contesta directamente al *Bundesgerichtshof* en el sentido de que «no puede considerarse que las Directivas antes citadas confieran a los particulares, en el caso de que sus depósitos dejen de estar disponibles como consecuencia de la supervisión deficiente de las autoridades nacionales competentes, derechos que puedan generar la responsabilidad del Estado sobre la base del Derecho comunitario»⁴¹.

En consecuencia, a partir de esta jurisprudencia, los Estados miembros que habitualmente dejan pasar el plazo para trasponer las Directivas, en ámbitos tales como la protección de los consumidores, el medio ambiente, la contratación pública, etc., quedarán a merced de una amenaza real de reclamaciones que presenten los particulares que eventualmente resulten lesionados por el incumplimiento del Estado.

Por otra parte, las sentencias del Tribunal de Justicia en los recursos de incumplimiento e, indirectamente, la interpretación que el Tribunal comunitario realice en vía prejudicial, tendrán una nueva dimensión en tanto que podrán ser una prueba, prácticamente decisiva, para que el Estado incumplidor, bien por no transposición o por incorporación incorrecta, sea jurídicamente responsable y, consecuentemente, resulte obligado a indemnizar por los daños causados por la violación del ordenamiento comunitario. Así, por ejemplo, en la sentencia N el Tribunal de Justicia destaca, por una parte, que «las normas de Derecho comunitario afectadas son disposiciones del Tratado vigentes y directamente aplicables mucho antes de los hechos examinados en el procedimiento principal»; pero, a continuación, precisa: «No obstante, en el momento en que el régimen fiscal controvertido entró en vigor, a saber, el 1 de enero de 1997, el Tribunal de Justicia aún no había dictado la sentencia de *Lasteyrie du Saillant*, antes citada, en la que declaró por primera vez que la obligación de prestar garantías para obtener un aplazamiento de pago de un impuesto sobre las plusvalías mobiliarias, en muchos aspectos análogo al relativo al asunto principal, es contrario a la libertad de establecimiento»⁴².

En un ámbito especialmente delicado como es el de la violación del Derecho comunitario por los Jueces nacionales, el Tribunal de Justicia considera que el derecho de indemnización de los particulares este requisito adquiere una importancia fundamental, de tal modo que el Tribunal comunitario sólo lo considera cumplido si la

⁴⁰ TJCE, sentencia de de 25 de enero de 2007, *Robins* (C-278/05, Rec. p. I-, apartados 76 a 82).

⁴¹ TJCE, sentencia de 12 de octubre de 2004, *Paul y otros* (C-222/02, Rec. p. I-9425, apartado 51).

⁴² TJCE, sentencia de 7 de septiembre de 2006, *N / Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (C-470/04, Rec. p. I-7409, apartado 66).

violación es «manifiesta». En efecto, en la sentencia Köbler se puntualiza a estos efectos: «con el fin de declarar una posible responsabilidad del Estado debida a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, como también han alegado los Estados miembros que han presentado observaciones en este asunto. La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable»⁴³.

Por ejemplo, en este asunto Köbler el carácter ‘manifiesto’ de la violación no se produjo dado que, como comprobó el Tribunal de Justicia haciendo gala en este caso de una generosa deferencia hacia el Derecho austriaco, «el Derecho comunitario no regula de manera expresa la cuestión de si una medida por la que se intenta obtener la fidelidad de un trabajador hacia su empresario, como una prima de fidelidad, que implica un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores puede estar justificada y, por tanto, ajustarse al Derecho comunitario. Dicha cuestión tampoco encontraba respuesta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Además, esta respuesta no era evidente»⁴⁴.

C) La relación de causalidad entre la violación y el daño causado

El tercer elemento es, sin duda, el que menos problemas teóricos plantea. Sin embargo, será decisiva la prueba del mismo ante los Tribunales nacionales. Cuando el origen de la violación radique en una ejecución normativa o una aplicación judicial no parece que sea difícil establecer el nexo de causalidad entre la vulneración de la norma comunitaria, su falta de transposición o su incorrecta incorporación o aplicación, y el daño causado al particular.

Sin embargo, podría resultar más complicado fijar convenientemente el nexo de causalidad en algunos supuestos de aplicación administrativa, sobre todo cuando es preciso hacer la imputación al Estado a través del funcionario, del órgano, del ente o del organismo, entendidos de acuerdo con el concepto de Estado en el sentido comunitario⁴⁵.

3. EL REPARTO INTERNO DE LA RESPONSABILIDAD Y LOS PROCEDIMIENTOS NACIONALES PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN

La responsabilidad de las autoridades nacionales y la eventual reclamación de daños sufridos por los particulares se ventilan ante los Tribunales nacionales que son

⁴³ TJCE, sentencia Köbler, antes citada, apartado 53.

⁴⁴ Apartado 122 de la sentencia Köbler.

⁴⁵ Véase, por lo que se refiere a la imputación de las declaraciones de un funcionario finlandés los requisitos que a tal efecto establece el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de abril de 2007, A.G.M.-COS.MET, ya citada, apartado 66: «son imputables al Estado las declaraciones de un funcionario que, por su forma y circunstancias, crean en los destinatarios la impresión de que se trata de una posición oficial del Estado, y no de opiniones personales del funcionario. El elemento determinante para que las declaraciones de un funcionario se imputen al Estado reside en si los destinatarios de tales declaraciones pueden razonablemente suponer, en el contexto dado, que se trata de posiciones que el funcionario adopta en virtud de la autoridad de su cargo».

los que naturalmente deben garantizar la aplicación del Derecho comunitario. Pues bien, en los distintos ámbitos nacionales se plantean dos cuestiones que resultan de especial trascendencia: por una parte el reparto interno de la responsabilidad y, por otra, el procedimiento nacional que debe seguir un particular para ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos.

A) El reparto interno de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario

En el ejercicio de los poderes que le confiere al Tribunal de Justicia el recurso por incumplimiento ha establecido una jurisprudencia reiterada conforme a la cual la aplicación del principio de responsabilidad del «Estado» no se ve alterada por el sistema interno de reparto de competencias o por la configuración constitucional de cada uno de los Estados miembros. Esta misma jurisprudencia, sobre la indiferencia para el Derecho comunitario de la organización nacional, tiene su reflejo en la reclamación de daños ante las autoridades nacionales.

En relación con los Estados comunitarios con estructura federal o regional sería indiferente el origen de la responsabilidad, bien de los órganos centrales bien de los órganos descentralizados. Y así lo ha subrayado el Tribunal de Justicia en la sentencia Konle, relativa a una legislación del Land austriaco del Tirol: «en los Estados miembros de estructura federal, la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata»⁴⁶.

Pero también este principio de responsabilidad se aplica respecto de cualesquiera organismos públicos. Así lo puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en su sentencia Salomone Haim. En este caso un odontólogo ejercitaba una acción contra el organismo de Derecho público, la «Asociación de Odontólogos de Mutualidades de Seguro de Enfermedad de Renania del Norte», por el lucro cesante sufrido porque tal asociación le había denegado, vulnerando el Derecho comunitario, la inscripción en su Registro. A estos efectos, el Tribunal de Justicia, a petición del Tribunal alemán, ofreció esta interpretación: «el Derecho comunitario tampoco se opone a que pueda generarse, además de la responsabilidad del propio Estado miembro, la responsabilidad que incumbe a un organismo de Derecho público de reparar los daños causados a los particulares por las medidas que haya adoptado contraviniendo el Derecho comunitario»⁴⁷.

Esto significa, en definitiva, que la atribución de responsabilidad que, por ejemplo, en el recurso por incumplimiento se hace a cada uno de los Estados miembros, no sea susceptible de ser excepcionada, salvo que una norma nacional expresa establezca otra solución, por los distintos órganos o entidades que constituye el Estado y que, desde un punto de vista nacional, se les pueda atribuir la responsabilidad.

⁴⁶ TJCE, sentencia de 1 de junio de 1999, Konle (C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 64).

⁴⁷ TJCE, sentencia de 4 de julio de 2000, Salomone Haim (C-424/97, Rec. p. I-425, apartado 32).

B) Los procedimientos nacionales de reclamación de daños: equivalencia y efectividad

La reclamación de daños en los Derechos nacionales plantea, particularmente, el problema de la vía procedimental que debe seguirse. La misma sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* confirmó que la indemnización debe alcanzarse a través de las vías procesales nacionales que, en todo caso, no pueden vulnerar los principios de equivalencia y efectividad. El Tribunal de Justicia estableció el siguiente principio: «el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado por una violación del Derecho comunitario que le es imputable, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por la legislación aplicable no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y que no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación»⁴⁸.

La aplicación de esta jurisprudencia comunitaria en los distintos Estados miembros plantea múltiples problemas tal como demuestra la práctica italiana en relación con el asunto *Francovich*, ha generado múltiples recursos internos y ha animado a los Jueces nacionales a plantear nuevas cuestiones prejudiciales. En primer lugar es preciso individualizar dentro del «Estado miembro» el ente u órgano obligado a reparar el daño causado; y en segundo lugar es necesario que el «procedimiento» ofrecido a los particulares en su respectivo Derecho interno no ponga en peligro la efectividad del Derecho comunitario.

Por lo que se refiere a las condiciones procesales de Derecho interno para obtener la reparación generada en virtud del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia se refirió, por ejemplo en la sentencia *Sutton* a los principios de equivalencia y de efectividad en los siguientes términos: «el Estado ha de reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, quedando claro que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de carácter interno y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización»⁴⁹.

Tal jurisprudencia fue confirmada en tres sentencias de 10 de julio de 1997, *Bonifaci y Berto*; *Palmisani*; y *Maso*⁵⁰. Debe observarse que estas sentencias son consecuencia directa y, en definitiva, el siguiente estadio de la solución del asunto *Francovich*, cuya primera sentencia relativa a la responsabilidad y al derecho a la indemnización es de 1991.

En cualquier caso, los dos principios resultantes exigen, en primer lugar, que las condiciones para realizar la reclamación por violación del Derecho comunitario sean equivalentes a las ofrecidas para situaciones similares en Derecho interno; y, en segundo lugar, que la reparación de los daños sufridos por la violación del ordenamiento comunitario sea adecuada al perjuicio causado al particular.

⁴⁸ TJCE, sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, ya citada, apartado 74.

⁴⁹ TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, *Sutton* (C-66/95, Rec. p. I-2163, apartado 33).

⁵⁰ TJCE, sentencia de 10 de julio de 1997, *Bonifaci* y otros y *Berto* y otros (C-94/95 y C-95/95, Rec. p. I-3969); *Palmisani* (C-261/95, Rec. p. I-4025); y *Maso* (C-373/95, Rec. p. I-4051).

En cuanto a las condiciones procesales, en las citadas sentencias el Tribunal de Justicia remite a los procedimientos nacionales internos, imponiendo, no obstante, los referidos principios de equivalencia y de efectividad que enuncia de la manera siguiente: «conforme a una jurisprudencia reiterada desde la sentencia *Francovich I*, antes citada, apartados 41 a 43, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, con la salvedad de que las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización»⁵¹.

En la sentencia *Palmisani* se analizan detenidamente los aspectos procesales del derecho de indemnización por incumplimiento de una Directiva; en este asunto, el juez italiano plantea al Tribunal de Justicia si el plazo de caducidad de un año, impuesto en Derecho italiano, a partir de la adaptación de su ordenamiento interno a la Directiva 80/987, sobre protección de trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, era compatible con el Derecho comunitario. Después de reiterar los principios y la jurisprudencia al respecto, el Tribunal comunitario invoca, por una parte, el principio de seguridad jurídica, pero, por otra, establece el principio de equivalencia con las condiciones relativas a las reclamaciones similares de naturaleza interna, en los términos antes referidos; en consecuencia, el Tribunal de Justicia concluye considerando que «el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro imponga, para la interposición de todo recurso dirigido a la reparación del daño ocasionado por la adaptación tardía del Derecho interno a la Directiva, un plazo de caducidad de un año, a partir de la adaptación de su ordenamiento jurídico interno»⁵².

En lo que se refiere a los plazos procesales, la jurisprudencia comunitaria ha deducido también una ventaja en favor del particular afectado por el incumplimiento de un Estado miembro. Así lo deduce el Tribunal de Justicia en la sentencia *Haahr Petroleum* respecto de la violación consistente en la falta de transposición de Directivas, de modo que «hasta el momento de la adaptación del Derecho interno a la Directiva, el Estado miembro que incumple su obligación no puede proponer la excepción de extemporaneidad de una acción judicial ejercitada en su contra por un particular, con el fin de proteger los derechos que le reconocen los preceptos de una Directiva, de manera que sólo a partir de ese momento podrá empezar a correr un plazo para recurrir previsto en el Derecho nacional»⁵³.

Esta puntualización resulta sumamente importante en el ámbito de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de Directivas, que, como ya subrayamos, será más probable en los casos de no transposición. En efecto, hasta que la Directiva –que genera la responsabilidad y, en su caso, el derecho de indemnización– no sea transpuesta, no comenzará el cómputo del plazo de prescripción o caducidad de la acción de reclamación de la indemnización, que, sin perjuicio de ser un cau-

⁵¹ TJCE, apartado 49 de la sentencia *Bonifaci*, 27 de *Palmisani* y 37 de *Maso*, antes citadas.

⁵² TJCE, sentencia *Palmisani*, ya citada, apartado 39.

⁵³ TJCE, sentencia de 17 de julio de 1997, *Haahr Petroleum* (C-90/94, *Rec. p. I-4085*, apartado 52); lo que contrasta con la jurisprudencia relativa a las normas de aplicación directa, tal como explica el Tribunal comunitario en su sentencia de 25 de julio de 1991, *Emmott / Minister for Social Welfare et Attorney General* (C-208/90, *Rec. p. I-4269*).

ce procesal nacional, debe respetar las condiciones impuestas por el ordenamiento comunitario.

Por lo que se refiere a la extensión de la reparación del daño ocasionado por la violación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia ha establecido que corresponde al juez nacional velar «por que la reparación del perjuicio irrogado a los beneficiarios sea adecuada. Una aplicación retroactiva regular y completa de las medidas de ejecución de la Directiva es suficiente a estos efectos, salvo que los beneficiarios prueben la existencia de pérdidas complementarias que hayan sufrido debido a que no pudieron beneficiarse a su debido tiempo de las ventajas pecuniarias garantizadas por la Directiva y que, por consiguiente, es necesario reparar también»⁵⁴. En todo caso, el Tribunal de Justicia insiste en su jurisprudencia en que «el Derecho comunitario impone una indemnización efectiva y no admite ningún requisito adicional establecido por el Derecho del Estado miembro que haga excesivamente difícil la obtención de una indemnización por daños y perjuicios o cualquier otro medio de reparación»⁵⁵.

Una vez más, el Tribunal de Justicia deja en manos del juez nacional la aplicación de principios comunitarios, en este caso el de obtener una «reparación adecuada», que sólo el examen de los hechos y de la situación jurídica concreta permiten determinar.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, EL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS PARTICULARES Y EL DERECHO ESPAÑOL

La aplicación en España de la jurisprudencia comunitaria sobre la responsabilidad y el derecho de indemnización de los particulares no debería ofrecer más particularidades que las admitidas por el Tribunal de Justicia⁵⁶. No obstante, resulta de interés conocer de qué modo se articula la responsabilidad del Estado español, cuáles son las vías procedimentales para que los particulares reclamen los daños sufridos y cuál es, en definitiva, la respuesta de los Tribunales españoles. Precisamente sobre este último aspecto, el Tribunal Supremo se pronuncia en una sentencia de extraordinaria importancia en todos los sentidos, incluida la elevada indemnización reconocida, que nos permitirá calibrar la incidencia actual y futura del Derecho comunitario.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL «REINO DE ESPAÑA» POR INCUMPLIR EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

En ningún momento se ha cuestionado que España incurra en responsabilidad, en tanto que Estado miembro de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea,

⁵⁴ TJCE, apartado 53 de las sentencias, ya citadas, Bonifaci, 35 de Palmisani y 41 de Maso.

⁵⁵ TJCE, sentencia de 17 de abril de 2007, A.G.M.-COS.MET, ya citada, apartado 90.

⁵⁶ Véanse, no obstante, las peculiaridades de cada sistema jurídico nacional en el estudio de M.-P. F. Granger, «National applications of *Francovich* and the constructions of a European administrative *ius commune*», *European Law Review* vol. 32, abril de 2007, pp. 157-192; no obstante, comprueba que se aplica de manera generalizada por los jueces nacionales, salvo núcleos de resistencia, pero se produce una gran diversidad en su aplicación (p. 191); precisamente termina su estudio resaltando el modo pluralista de construcción del ordenamiento jurídico europeo en un espíritu de 'unidad en la diversidad'.

al incumplir el Derecho comunitario. Ahora bien, esta responsabilidad «comunitaria» tiene dos dimensiones de gran importancia: por una parte, puede hablarse de una responsabilidad *ad extra* en el contexto comunitario europeo en el que es el Estado global, o si se quiere, para evitar el confuso empleo del término «Estado» en el Derecho español, puede hablarse de responsabilidad del Reino de España. Pero también, por otra parte, sería posible hacer referencia a la responsabilidad *ad intra*, o lo que es lo mismo, la responsabilidad atribuible en el marco del Derecho español al Estado central o a las Comunidades Autónomas, y dentro de cada uno de estos niveles de gobierno, a sus poderes, legislativo, ejecutivo y, en su caso, judicial, así como a los distintos entes y organismos que integran el concepto de «Estado» desde el punto de vista comunitario⁵⁷.

Desde el punto de vista comunitario europeo, el Reino de España ha sido responsable del incumplimiento de obligaciones comunitarias porque así lo ha declarado expresamente el Tribunal de Justicia en unas 80 sentencias que resolvían los más distintos recursos por incumplimiento. Aunque, por exigencias procesales, estas sentencias concluían declarando el «incumplimiento del Reino de España», de las mismas se deduce, incluso con la mera lectura del fallo, por lo general con bastante facilidad, que el incumplimiento provenía de determinados órganos del Estado o de algunas Comunidades Autónomas, o de otros entes y organismos públicos como Ayuntamientos, Universidades públicas, etc.

Asimismo, la legislación y la práctica administrativa española han sido cuestionadas, en este caso de manera indirecta, ante el Tribunal de Justicia por los Jueces españoles –incluidos los Tribunales económico-administrativos y el Tribunal de Defensa de la Competencia– en los aproximadamente 190 reenvíos prejudiciales realizados hasta el momento. También de las sentencias del Tribunal de Justicia es fácil deducir el incumplimiento del Derecho comunitario. Y así en sentencias tan conocidas como *Marleasing*⁵⁸, *Wagner Miret*⁵⁹, *Solred*⁶⁰ o *Gabalfrisa*⁶¹, gracias a las cuestiones prejudiciales de un juez de Oviedo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid o del Tribunal Económico-administrativo de Cataluña, se puso de manifiesto que la legislación española en materia de sociedades, sobre garantía salarial, la relativa a la tributación de determinados actos jurídicos documentados o sobre recaudación del IVA, respectivamente, no eran conformes con el Derecho comunitario.

La responsabilidad de España en el Derecho comunitario ha tenido una dimensión financiera muy importante respecto de las denominadas «correcciones financieras», es decir, las liquidaciones que anualmente realiza la Comisión Europea sobre los Fondos comunitarios, principalmente el FEOGA-Garantía y los Fondos estructurales y el de Cohesión. En muchos casos, estas correcciones suponen importantes disminuciones de los fondos atribuidos al Reino de España por lo que es de decisiva impor-

⁵⁷ Sobre la importancia de esta distinción, véase, por ejemplo, mi estudio «Comunidades Autónomas, financiación europea y responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario europeo», *Revista vasca de Administración pública*, núm. 59, enero-abril de 2001, pp. 155-190.

⁵⁸ TJCE, sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing / Comercial Internacional de Alimentación* (C-106/89, Rec. p. I-4135).

⁵⁹ TJCE, sentencia de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret / Fondo de Garantía Salarial* (C-334/92, Rec. p. I-6911).

⁶⁰ TJCE, sentencia de 5 de marzo de 1998, *Solred / Administración General del Estado* (C-347/96, Rec. p. I-937).

⁶¹ TJCE, sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa e.a.* (C-110/98, Rec. p. I-1577).

tancia que, en el ámbito interno español, se identifique claramente al responsable en la gestión administrativa y, consecuentemente, que sea quien soporte las consecuencias financieras⁶².

En fin, España ha tenido el dudoso honor de ser el segundo país al que el Tribunal de Justicia condenó a pagar a la Comisión en la cuenta ‘recursos propios de la Comunidad Europea’, una multa coercitiva de 624.150 euros al año por cada punto porcentual de zonas de baño en las aguas interiores españolas cuya no conformidad con los valores límite fijados en la Directiva 76/160 quede demostrada y hasta que se complete la ejecución de la sentencia⁶³. En estos momentos, la Comisión Europea ha adoptado dos decisiones, de 12 de diciembre de 2006 por las que propone al Tribunal de Justicia que imponga a España y hasta que cumpla sendas sentencias de 13 de enero de 2005 multas coercitivas de 97.482 euros y sendas multas a tanto alzado de 14.770 euros en relación con la transposición de las Directivas en materia de contratos públicos de suministros y de obras⁶⁴.

2. LA RECLAMACIÓN POR LOS PARTICULARES DE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS SUFRIDOS

Hasta ahora no se ha adoptado un procedimiento comunitario armonizado en el ámbito de la reclamación de daños por violación del Derecho comunitario, por lo que es preciso, como indica la jurisprudencia comunitaria, utilizar las vías administrativas y jurisdiccionales nacionales, sometidas, no obstante, a las exigencias que derivan de los principios de efectividad y de equivalencia.

En principio, pueden indicarse tres vías que podrían seguirse en el Derecho español: la primera y, sin duda, la más segura consiste en emprender autónomamente una reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración. La segunda vía consistiría en reclamar los daños y perjuicios de manera subsidiaria en el litigio principal en el que se pretenda la aplicación de la norma comunitaria que,

⁶² El artículo 44 de la Ley 55/1999 de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2000 («BOE» núm. 312, de 30 de diciembre) intentó alcanzar una solución en virtud de la cual: «Las Administraciones públicas o sus órganos o entidades gestoras que, de acuerdo con sus respectivas competencias, realicen actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas por cuenta del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (Secciones Orientación y Garantía), Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo, Instrumento Financiero de Orientación Pesquera y Fondo de Cohesión, y de los nuevos fondos comunitarios que pudieran crearse, asumirán las responsabilidades que se deriven de dichas actuaciones, incluidas las que sobrevengan por decisiones de los órganos de la Unión Europea, y especialmente en lo relativo al proceso de liquidación de cuentas y a la aplicación de la disciplina presupuestaria por parte de la Comisión Europea». Pero no se desarrolló el «procedimiento administrativo interno», encomendado a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de Ministerio de Hacienda que deberá decidir la liquidación, deducción o compensación financiera y que deberán realizar «las oportunas compensaciones financieras mediante la deducción de importes en futuros libramientos de fondos comunitarios». Actualmente esta regulación se recoge en el artículo 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE núm. 276, de 18 de noviembre) que en términos muy similares establece el régimen aplicable en España a la «Responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea»; remito más extensamente a la documentación del seminario del Institut d'Estudis Autònomic, Manuel Cienfuegos y otros, *Estatuto y Unión Europea*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2006.

⁶³ TJCE, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Comisión / España (multa por no incorporación de la Directiva de aguas de baño) (C-278/01, Rec. p. I-14141).

⁶⁴ Comisión Europea, *XXIV Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2006)*, COM (2007) 398 final, (SEC (2007) 975) y (SEC (2007) 976), 17 de julio de 2007, p. 9.

finalmente, se constata que ha sido violada. Por último, la tercera vía es la específica en materia de responsabilidad derivada de incumplimientos del Derecho comunitario por los Jueces españoles.

En el caso del Derecho español, la vía administrativa para reclamar la responsabilidad de las Administraciones públicas plantea algunas dudas de especial importancia.

La primera consiste en determinar si la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la adecuada cuando la violación proceda de las Cortes Generales o de un Parlamento autonómico⁶⁵. Sobre este particular, parece que no hay duda alguna de que la respuesta es positiva dado que por el momento el legislador no ha establecido, ni parece necesario que lo establezca, un procedimiento específico de reclamación de responsabilidad según cuál sea el poder del Estado afectado, con las salvedades que luego anotaremos en cuanto a los jueces nacionales. De modo que, en principio, la reclamación de daños derivados de la violación del Derecho comunitario por una ley estatal o autonómica puede hacerse, sin ninguna objeción, a través del procedimiento administrativo general de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas⁶⁶.

La segunda cuestión se refiere a si cabe dirigir contra las distintas Administraciones reclamaciones, es decir, si, en principio, es posible hacerlo contra cualquier Administración o dada la «responsabilidad del Reino de España» la reclamación debe presentarse única y exclusivamente ante la Administración General del Estado. Aun cuando en la jurisprudencia comunitaria antes examinada, Konle y Haim, se reitera la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros, no hay duda de que resultaría muy conveniente que los particulares puedan exigir la responsabilidad frente a las Administraciones españolas, por ejemplo la General del Estado o las respectivas Autonómicas, según procesa la atribución de la responsabilidad desde el punto de vista interno. Tampoco aquí puede considerarse que el Estado central tenga una atribución constitucional ni, desde luego, legal para hacer frente o para centralizar todas las reclamaciones por violación del Derecho comunitario.

Por lo que se refiere a la reclamación de responsabilidad patrimonial contra los Jueces españoles debe tenerse en cuenta el procedimiento previsto en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De las dos vías previstas en este artículo 293, una relativa al error judicial y la otra al «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», no hay duda de que la responsabilidad comunitaria no tiene que ver con la segunda sino, si acaso, *mutatis mutandis*, con la primera aunque, propiamente hablando, no estemos ante un «error judicial».

En efecto, basta con recordar los principios sentados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Köbler para comprender que sólo en caso de «violación manifiesta»

⁶⁵ Desde luego este trabajo no es el adecuado para examinar los problemas planteados en la doctrina española sobre la denominada ‘responsabilidad patrimonial del Estado legislador’; remito, no obstante, a los últimos planteamientos sostenidos por Eduardo García de Enterría, «El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril de 2003, pp. 15-47; y «La inexistencia de jurisdicción en los tribunales Contencioso-Administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 117, enero-marzo de 2003, pp. 95-112. En todo caso, como subraya García de Enterría, «las únicas excepciones a la regla anterior: leyes que infrinjan el Derecho comunitario y leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional» y por tanto a su doctrina en la que se plantean claramente las dificultades insalvables para acoger la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y de gran número de autores.

⁶⁶ Artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

del Derecho comunitario podría derivarse el derecho de los particulares a ser indemnizados. Pues bien, a falta de otra vía procedimental podría seguirse la prevista subsidiariamente al recurso de revisión para el caso el error judicial. Esta vía, cuyo procedimiento específico se detalla en el artículo 293, exige la declaración en sentencia del «error judicial» y permite, posteriormente, acudir con la reclamación al Ministerio de Justicia.

Esta vía procesal tiene como especial virtud, desde el punto de vista de la reclamación de daños por violación del Derecho comunitario, que se atribuya el conocimiento jurisdiccional, primero al Tribunal Supremo, y posteriormente deba acudirse en reclamación por vía administrativa.

Por lo que se refiere a la atribución al Tribunal Supremo, tal solución resulta sumamente satisfactoria pues con la misma se prevén, prácticamente, todas las declaraciones de incumplimiento imputables a los Jueces españoles en cualquier instancia, incluido el Tribunal Supremo, pues «la pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo».

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en esta materia, que es realmente restrictiva, deberá sustituirse, a la hora de enjuiciar una eventual violación del Derecho comunitario por un Juez o un Tribunal español, el concepto de error judicial por el de «violación manifiesta» en el sentido dado a esta expresión por el Tribunal de Justicia en la sentencia Köbler⁶⁷.

Una vez declarada la «violación manifiesta» por un Tribunal español del Derecho comunitario, el particular deberá iniciar la reclamación administrativa ante el Minis-

⁶⁷ Por ejemplo, en la sentencia, de 17 de abril de 2002, del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 2.ª, recurso núm. 1255/2000, ponente: Rouanet Moscardó, FJ 3) se enumeran los distintos tipos de errores judiciales en los siguientes términos: «A tenor de la jurisprudencia sentada, de un modo reiterado, en relación con la materia que examinamos, por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por este Tribunal Supremo, hemos de puntualizar que: (a) "Sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente". (b) «El error judicial, considerado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales», no pudiendo ampararse en el mismo «el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales». (c) "El error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley". (d) "El error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido" y "ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico". (e) "No existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica", "ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico". (f) "No toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante". (g) "No es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductorios de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador».

terio de Justicia en los términos establecidos en el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No hace falta esforzarse por adivinar que esta vía será aún más excepcional de lo que es ahora respecto de la reclamación de responsabilidad patrimonial por errores judiciales.

La vía más apropiada para reclamar a las Administraciones españolas la indemnización de los daños derivados de la violación del Derecho comunitario debería consistir en acumular e invocar a título subsidiario del proceso principal en que se pretenda la aplicación de la norma comunitaria la acción indemnizatoria. Sin embargo, los Tribunales parecen ser reacios a esta vía, simple y completa, tal como se puede comprobar en relación con el asunto Wagner Miret / Fondo de Garantía Salarial en el que, subsidiariamente, se reclamaba la indemnización por no transposición de la Directiva 80/1987/CEE⁶⁸. En efecto, el Tribunal Supremo ha adoptado un jurisprudencia especialmente formalista en virtud de la cual es preciso desestimar las demandas de aplicación de la Directiva ante la jurisdicción social sin perjuicio de reconocer «la posible responsabilidad del Estado [...] es materia ajena al proceso que nos ocupa», remitiendo, en definitiva, a la vía administrativa y, con toda probabilidad, al recurso contencioso-administrativo⁶⁹. En la vía administrativa la nueva reclamación de responsabilidad patrimonial no debería encontrar obstáculos, tal como se deduce de la doctrina del Consejo de Estado⁷⁰, y, en caso de haberlos, parece que la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo se encargan de superarlos⁷¹.

3. EL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN DE LOS PARTICULARES POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Los Tribunales españoles han tenido ocasión de aplicar la jurisprudencia comunitaria sobre responsabilidad y sobre reclamación de daños por los particulares perjudicados por la violación del Derecho comunitario. De hecho, en algunos casos

⁶⁸ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) que había planteado la cuestión prejudicial en el asunto Teodoro Wagner Miret / Fogasa llegó a la solución, en su sentencia de 16 de febrero de 1994 (Actualidad laboral núm. 25, 20-26 de junio de 1994, p. 1519; y *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, B-96, julio-agosto de 1994, pp. 65-71), de desestimar la demanda principal y aun cuando reconocía la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario remitía a la vía procedimental pertinente. No obstante, en un voto particular el magistrado Marzal Martínez consideró: «al ser posible la intervención del Fogasa, la determinación, como solución más coincidente con el Derecho Comunitario, de que sea tal Organismo el responsable inicial, sin perjuicio de la que proceda al Estado ante aquél, por la falta de desarrollo normativo interno, así como por no haber previsto la cotización correspondiente por los mismos y evitar en definitiva un empobrecimiento del Fogasa por la falta de adecuada previsión normativa estatal y consiguiente defecto en la correspondiente cotización previa por ello».

⁶⁹ TS (Sala de lo Social), sentencias, de 30 de diciembre de 1992, (recurso núm. 356/1992, ponente: García-Murga Vázquez) y de 14 de marzo de 1994 (recurso núm. 2692/1993) relativas a la unificación de la doctrina en relación con reclamaciones contra Fogasa por incumplimiento de la Directiva 80/1987/CEE.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, el Dictamen 1548/2001, de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 4 de octubre, en el que se propone la estimación de la reclamación de indemnización presentada ante el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.

⁷¹ AN (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª), sentencia de 26 de enero de 2000 (indemnización por no transposición de la Directiva 80/987/CEE) (recurso núm. 37/1997, ponente: Mangas González); en este caso se estima el recurso formulado contra la resolución denegatoria de la indemnización adoptada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

fueron los propios Tribunales lo que plantearon cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre estos aspectos, por ejemplo, en las sentencias Wagner Miret o El Corte Inglés.

Así, en la sentencia Wagner Miret / Fondo de Garantía Salarial fue el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña quien permitió al Tribunal comunitario explicar la jurisprudencia anterior en sus tres fases: primero, el Tribunal comunitario examina el eventual «efecto directo de la Directiva»; en segundo lugar, determina si es aplicable la «interpretación conforme» de la norma nacional respecto de la Directiva (jurisprudencia derivada de la sentencia Marleasing); y, ya en último término, remite a la jurisprudencia Francovich, de la que «se desprende que el Estado miembro afectado está obligado a reparar los perjuicios sufridos por el personal de alta dirección debido al incumplimiento de la Directiva en lo que a dicho personal se refiere»⁷². Asimismo, la sentencia El Corte Inglés es la última heredera de la doctrina Francovich, a pesar de que dos días antes se pronunciaba formalmente la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, que determinaría claramente la jurisprudencia posterior sobre la falta de transposición de las Directivas⁷³.

Los presupuestos y requisitos empleados en estos casos por los Tribunales españoles remiten a la jurisprudencia general sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones, sin que se haya establecido particularidad alguna. Más bien la jurisprudencia comunitaria sirve a los Tribunales españoles para reforzar su argumentación tradicional en esta materia⁷⁴. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha reconocido: «Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado propugnada por la actora son, según los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado y los 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor»⁷⁵.

Hasta ahora lo más frecuente es que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo conozcan de los recursos contencioso-administrativos formulados contra resoluciones relativas a la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la violación del Derecho comunitario⁷⁶.

Los criterios adoptados por la Audiencia Nacional resultan sólidos y ajustados a lo preceptuado por el Derecho comunitario, tal como resulta de la sentencia de 6 de

⁷² TJCE, Wagner Miret / Fogasa, antes citada, apartado 22.

⁷³ TJCE, sentencia de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés (C-192/94, Rec. p. I-1281).

⁷⁴ Véanse las sentencias TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), de 16 de febrero de 2001, (recurso núm. 552/1998), de 13 de marzo de 2001, (recurso núm. 554/1998) y de 27 de marzo de 2001, (recurso núm. 443/1998), relativas a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 30 de junio, que creaba el gravamen complementario sobre el juego, de las que fue ponente Xiol Ríos.

⁷⁵ TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 10 de julio de 1999 (recurso núm. 404/1995, reclamación de responsabilidad por daños de las profesiones de agente y comisionista de aduanas en su adaptación al mercado interior, ponente: Peces Morate, FJ 14.1).

⁷⁶ El artículo 142.2 de la Ley 30/1992, sobre procedimiento administrativo común, establece la atribución por regla general al Ministerio respectivo, el Consejo de Ministros cuando una Ley así lo disponga o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local o de las Entidades de Derecho Público.

octubre de 1999 en la que la Audiencia Nacional donde se explica claramente la evolución jurisprudencial comunitaria europea⁷⁷; la aplica apropiadamente en un supuesto análogo al asunto Wagner Miret⁷⁸; interpreta magistralmente tanto la jurisprudencia del Derecho comunitario como las particularidades procedimentales españolas, en particular el plazo de un año de prescripción de la acción para reclamar⁷⁹; o, en fin, matiza el criterio que debe seguirse en relación con la procedencia de la devolución de las cantidades pagadas como consecuencia de la aplicación de una ley tributaria que ha sido declarada por sentencia del Tribunal de Justicia contraria a la Sexta Directiva sobre el IVA⁸⁰.

Asimismo, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de establecer su doctrina, de conformidad con la del Tribunal de Justicia y en sintonía con el criterio de la Audiencia Nacional, pronunciarse en varios recursos contencioso-administrativos sobre la responsabilidad patrimonial por violación del Derecho comunitario.

En uno de estos casos varios funcionarios europeos, que previamente habían desempeñado sus funciones en las Administraciones españolas, reclamaban la transferencia por parte de España a las Comunidades Europeas del equivalente actuarial de los derechos pasivos generados en la Administración española. Previamente el Tribunal de Justicia había declarado el incumplimiento de España en esta materia⁸¹, por lo que el Tribunal Supremo se pronunció en estos términos: «una jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo ha declarado la existencia de dicha responsabilidad cuando los ciudadanos sufren un daño derivado de la indebida trasposición o adaptación por el Derecho interno del Ordenamiento comunitario, tanto cuando esa pasividad o negligencia sea imputable al legislativo como cuando sea atribuible a la Administración Pública, que, por lo demás, actuaría en este caso como personificación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales. Es, pues, análogicamente aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial del Tribunal sobre la indebida o defectuosa transposición de las directivas comunitarias, que ha experimentado una progresiva evolución, hasta culminar en su afirmación rotunda en una importante sentencia la de 19 de noviembre de 1991 (Francovich y Bonifaci), por la que se resolvió una cuestión prejudicial planteada al tribunal comunitario por la falta de plasmación en el Derecho italiano del sistema de garantías salariales previsto en la directiva 80/897»⁸².

El asunto más importante y que, sin duda, constituye un referente en esta materia se refiere a la reclamación formulada por Canal Satélite Digital contra la regulación del uso de determinados descodificadores de televisión. La referida empresa presentó

⁷⁷ AN (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª) sentencia de 6 de octubre de 1999 (recurso núm. 1118/1994, denegación de autorización de línea marítima entre España y Marruecos, ponente: Quintana Carretero).

⁷⁸ AN (Sala de lo Contencioso-administrativa, Sección 4.ª), sentencia de 26 de enero de 2000, recurso núm. 37/1997, director gerente de una empresa perjudicado por falta de transposición de la Directiva 80/987/CEE, ponente: Mangas González, FJ 2.2).

⁷⁹ AN (Sala de lo Contencioso-administrativa, Sección 3.ª), sentencia de 7 de mayo de 2002 (recurso núm. 365/2001, responsabilidad por no transposición de la Directiva 94/47/CE sobre multipropiedad, ponente: Menéndez Rexach).

⁸⁰ AN (Sala de lo Contencioso-administrativa, Sección 6ª), sentencia de 24 de febrero de 2005, sobre devolución de ingresos indebidos del IVA (recurso núm. 60/2002, ponente: Soldevila Frago).

⁸¹ TJCE, sentencia de 17 de julio de 1997, Comisión / España (Estatuto de funcionarios comunitarios y no transferencia de derechos de pensión) (C-52/96, Rec. p. I-4637).

⁸² TS (Sala 3ª, Sección 7ª), sentencia de 23 de julio de 2001, recurso núm. 551/1997, transferencia a las Comunidades Europeas del equivalente actuarial de los derechos pasivos de funcionarios por servicios prestados en la Administración española, ponente: Trillo Torres, FJ 4.4).

paralelamente un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto español relativo a los descodificadores que debían utilizarse y una reclamación por responsabilidad patrimonial fundada tanto en el Derecho comunitario como, subsidiariamente, en el Derecho español.

El primer recurso judicial fue resuelto por la sentencia, de 10 de diciembre de 2002, en la que se anula parcialmente el referido Real Decreto 136/1997⁸³. Previamente, el Tribunal Supremo había planteado varias cuestiones al Tribunal de Justicia que, en su sentencia de 22 de enero de 2002, le respondió en estos términos: «es jurisprudencia reiterada que un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales objeto del procedimiento principal (véanse las sentencias de 23 de febrero de 1995, Bordessa y otros, asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, Rec. p. I-361, apartado 25; de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 37, y de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5473, apartado 90). Por consiguiente, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria (sentencia Analir y otros, antes citada, apartado 38)»⁸⁴.

A la vista de la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo español estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló el artículo 2 del Real Decreto 136/1997 por las razones siguientes: «el mecanismo establecido por el artículo 2 del Real Decreto 136/1997, sin duda restrictivo de las dos libertades fundamentales comunitarias ya expresadas, no cumple la primera de las condiciones a que se refiere el Tribunal de Justicia en su sentencia de 22 de enero de 2002. Tampoco cumple con la segunda, en la medida en que el artículo 2 del Real Decreto 136/1997 supone necesariamente «duplicar los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro» (apartado 36 de la sentencia del Tribunal de Justicia)»⁸⁵.

⁸³ TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 10 de diciembre de 2002 (descodificador de Canal Satélite Digital) (recurso núm. 246/1997, ponente: Campos Sánchez-Bordona).

⁸⁴ TJCE, sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607, apartado 35).

⁸⁵ En cambio, en su voto particular el magistrado Óscar González González, apoyado por los magistrados Trujillo Mamely y Cid Fontán, se muestra contrario a la mayoría del Tribunal. En el examen que se hace en el voto particular del cumplimiento por la legislación española controvertida de los requisitos de proporcionalidad y objetividad, se deduce, sorprendentemente, la conformidad con el Derecho comunitario: «El Estado español no ha efectuado, sin embargo, la notificación en vía de proyecto de la normativa impugnada. Ahora bien, tal incumplimiento en el presente caso comportará otros efectos, pero no el de la nulidad de la norma. En primer lugar, porque en supuestos como el presente la inscripción en el Registro tiene por finalidad única conocer el cumplimiento de las especificaciones técnicas impuestas por la Directiva 95/47, hasta el extremo de que es sólo esa inscripción la única circunstancia que ha determinado la inaplicación del artículo 10.1 de la Directiva, que hubiera eximido de la notificación del proyecto. En segundo lugar, porque el incumplimiento no perturba los fines de armonización que en ella se prevén, ya que estos se refieren más a la normalización de especificaciones técnicas que a requisitos administrativos. En tercer lugar, porque la propia Comisión Europea, que es el órgano receptor de la notificación del proyecto y el encargado de supervisar el cumplimiento de la Directiva 83/189/CEE, ha decidido con fecha 8 de octubre de 1997 archivar el expediente. Y, en último término, porque como se infiere de la comunicación efectuada por dicha Comisión al Gobierno español de la indicada fecha, las reglamentaciones técnicas adoptadas en incum-

Entretanto, Canal Satélite Digital había iniciado un procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad invocando el Derecho comunitario y subsidiariamente reclamando la aplicación del Derecho español sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En la vía administrativa se pronunció con carácter preceptivo pero no vinculante el Consejo de Estado y, en el mismo sentido, desestimó el Consejo de Ministros. Recurrido el acuerdo ante el Tribunal Supremo el proceso culmina con la sentencia de 12 de junio de 2003 en la que, aplicando el Derecho comunitario, se estima la demanda de indemnización⁸⁶.

El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 3399/98, de 12 de noviembre de 1998, después de referirse a la jurisprudencia comunitaria, adoptó un criterio muy restrictivo. A estos efectos, después de analizar «si alguna de las normas [españolas] anteriores constituyó una violación caracterizada del Derecho comunitario, en el sentido definido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes expuesta», llegó a la conclusión de que no se cumplía el requisito de «violación suficientemente caracterizada». Debe subrayarse, no obstante, que el Consejo de Estado, a diferencia del Tribunal Supremo, no contaba con la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2002 en la que se pronunciaba a título prejudicial y ponía de manifiesto el incumplimiento del Derecho comunitario por la legislación española. Del mismo modo, aplicando el Derecho español el Consejo de Estado concluye su dictamen desestimando los motivos que subsidiariamente invocaba la recurrente: la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, y de la Ley 17/1997, de 3 de mayo; el principio de confianza legítima y la inconstitucionalidad del artículo 139 de la Ley 30/1992⁸⁷.

En cambio, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de junio de 2003, estima que la actuación normativa del Gobierno español supone una infracción del ordenamiento comunitario y condena a la Administración General del Estado a abonar a Canal Satélite Digital, S. L. más de 26 millones de euros en concepto de indemnización. La sentencia está construida en torno a la jurisprudencia comunitaria sobre responsabilidad por daños sufridos por la violación del Derecho comunitario (sentencias Francovich, Brasserie du pêcheur y Factortame, British Telecommunications y Dillenkofer) que cita profusamente y reproduce literalmente, examinando, a continuación, los tres presupuestos requeridos por la jurisprudencia comunitaria.

Respecto del primero lo interpreta el Tribunal Supremo en sentido amplio y favorable para el particular limitándose a comprobar «que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y por tanto indemnizable».

En cuanto al segundo, «la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario», el Tribunal Supremo advierte que constituye «el nudo gordiano de la cuestión», deteniéndose, y en cierto modo introduciendo cierta confusión, en la intencionalidad de la infracción y en el régimen de responsabilidad subjetivo u objetivo.

plimiento del deber de notificación establecido por la indicada Directiva determina su inaplicación a terceros, pero no su invalidez».

⁸⁶ TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 12 de junio de 2003 (responsabilidad del Estado por daños causados a Canal Satélite Digital) (recurso núm. 46/1999, ponente: Sieira Míguez).

⁸⁷ Remitimos al comentario de José Luis Palma Fernández, «Telecomunicaciones y responsabilidad patrimonial en la doctrina del Consejo de Estado», en el estudio dirigido por Joaquín García Bernardo de Quirós, «Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Cuadernos de Derecho Judicial* II-2002, CGPJ, Madrid, 2002, especialmente pp. 51-75.

A partir de ese momento el Tribunal Supremo dedica su argumentación a demostrar, con continua referencia a la jurisprudencia comunitaria y al recurso por incumplimiento iniciado por la Comisión Europea.

Por lo que se refiere al tercer presupuesto, «que exista un nexo de causalidad directa entre el actuar del Estado miembro, la infracción del Derecho comunitario y el resultado daños producido», el Tribunal Supremo concluye constatando que «de no haberse dictado las normas con rango de Ley a los que se anuda la responsabilidad patrimonial que se demanda no se hubieran producido las consecuencias de hecho que el recurrente afirma lesivas para su patrimonio». De modo que, a continuación, entra a valorar la prueba practicada y concreta minuciosamente los «distintos conceptos indemnizatorios reclamados (daño emergente y lucro cesante)», de lo que resulta una indemnización total de 4.400.124.419 pesetas, es decir 26.445.280,37 euros.

Esta sentencia del Tribunal Supremo es realmente importante y de su extensión se deduce la trascendencia que el propio Tribunal Supremo le otorga a esta cuestión. De hecho, la sentencia evidencia el intento por ajustarse a los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, aunque el resultado alcanzado por la sentencia es, sin duda, el más adecuado, la exposición argumental y los criterios adoptados son mejorables.

Por una parte, el Tribunal Supremo adopta un punto de partida extraordinariamente favorable al ciudadano lo que dicho con sus propias palabras significa: «Ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico»⁸⁸.

Por otra parte, esta sentencia resulta especialmente farragosa y un poco desordenada a la hora de presentar, ciertamente de modo apabullante, la jurisprudencia comunitaria. Aunque cada vez sea más frecuente en la práctica del Tribunal Supremo, en esta sentencia se recogen literalmente numerosísimos párrafos de la jurisprudencia comunitaria o de las decisiones de la Comisión Europea lo que supone hinchar artificialmente el texto e impide seguir el hilo argumental de los criterios que adopta el Tribunal Supremo. Incluso se puede observar que no siempre se desarrollan y resuelven apropiadamente los presupuestos establecidos por el Tribunal de Justicia para reconocer el derecho de indemnización de los particulares por daños sufridos como consecuencia de la violación del Derecho comunitario.

⁸⁸ TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 12 de junio de 2003, ya citada, FJ 4.A).2

Asimismo, en la sentencia se pasan por alto los problemas que plantea la articulación del Derecho comunitario con el Derecho español⁸⁹. De este modo se apuntan, pero no se resuelven, las diferencias entre el régimen de responsabilidad objetiva del Derecho español y la concepción de responsabilidad subjetiva del Derecho comunitario. En este sentido, el Tribunal Supremo expone el siguiente razonamiento: «en nuestro ordenamiento la responsabilidad patrimonial del Estado es una responsabilidad objetiva y que, como hemos dicho anteriormente, los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad lo son de carácter subsidiario por lo que nada impide, en consecuencia, que el Juez nacional aplique, si su derecho así lo prevé, condiciones menos restrictivas que las establecidas por la jurisprudencia comunitaria a la hora de declarar la responsabilidad del Estado»⁹⁰.

Sin embargo, tal argumentación no es apropiada, al menos desde el punto de vista del Derecho comunitario. En efecto, la determinación de la responsabilidad y el derecho de indemnización de los particulares se rigen, en cuanto a sus aspectos sustantivos y particularmente en cuanto se refiere a los presupuestos de la responsabilidad y del derecho de indemnización, únicamente por lo dispuesto en el Derecho comunitario. Sin perjuicio de que una vez constatada la responsabilidad y abierta la vía para reclamar la indemnización sea el Derecho nacional, en este caso el Derecho español, el que resulte aplicable.

Aun cuando conscientemente el Tribunal Supremo examina primero el régimen comunitario europeo y, al prosperar la impugnación, considera que ya no es preciso examinar el régimen interno español, se puede apreciar un olvido de la dimensión constitucional del problema que si bien, no debería afectar a la solución alcanzada, podría haberse abordado. Básicamente se producirá un doble régimen en materia de responsabilidad: el que deriva del Derecho comunitario y el que deriva del Derecho nacional; mientras que el primero no debe encontrar ningún obstáculo para su reconocimiento, en el caso del segundo habrá de lidiar con todo tipo de obstáculos constitucionales e incluso legales. Por esa razón, lo más conveniente hubiese sido clarificar el alcance de uno y otro; y si esta labor no la realiza el Tribunal Supremo difícilmente podremos esperar que nuestro Tribunal Constitucional, tan encastillado como sigue en su tarea de guardar la Constitución, se ocupe de problemas, como los de la aplicación del Derecho comunitario que, según él mismo y hasta hace poco, no le conciernen⁹¹.

Por último, al analizar los distintos presupuestos de la responsabilidad se echa en falta una mayor y mejor traducción de la jurisprudencia comunitaria a las particularidades legales y constitucionales del ordenamiento español. Y precisamente en cuanto a la violación manifiestamente caracterizada no debe olvidarse que en la sentencia que anuló el Real Decreto español tres magistrados formularon un voto particular que, ahora al determinar la responsabilidad y el derecho de indemnización, ni siquiera fue mencionado.

⁸⁹ A juicio de Manuel Pulido Quecedo, «La responsabilidad del Estado legislador por violación del Derecho comunitario (El caso Canal Satélite Digital)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 24 de julio de 2003, p. 13, la corrección de la sentencia «desde el punto de vista del engarce que hace del Derecho nacional con el comunitario presenta más de una *falla* y cuyas consecuencias parecen, *prima facie*, excesivas».

⁹⁰ TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 12 de junio de 2003, ya citada, FJ 4.E).

⁹¹ Véase, a estos efectos, mi estudio «Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español: o cómo salir del laberinto», *La Ley* núm. 5796, 5 de junio de 2003, pp. 1-10; sobre los cambios más recientes en esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase, por ejemplo, mi obra *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad (derechos sociales, medio ambiente y consumidores)*, Comares, Granada, 2006.

En definitiva, esta sentencia del Tribunal Supremo es el punto de referencia y constituye, sin duda, un incentivo para la aplicación del Derecho comunitario y, por las mismas razones, un arma suficientemente disuasoria de la actuación del Legislador y de la Administración e incluso de los Jueces como parece haber abierto la veda el Tribunal de Justicia a partir de su sentencia Köbler.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha reiterado esta misma doctrina en su sentencia de 30 de abril de 2004, aunque a la hora de determinar el cumplimiento de los tres presupuestos con una referencia combinada y confusa a la violación manifiestamente caracterizada y a la relación de causalidad, deniega la reclamación de los daños y perjuicios causados por la transposición incorrecta, tal como estableció el propio Tribunal de Justicia en su sentencia de 16 de mayo de 2002 que había declarado el incumplimiento de España, de las Directivas 75/362 y 93/16, sobre libre circulación de médicos y reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos⁹².

En otros supuestos, en cambio, parece que no debía tener especiales posibilidades de prosperar la reclamación de indemnización cuando ni siquiera había quedado acreditada la vulneración del Derecho comunitario, tal como se deduce de la sentencia de 8 de marzo de 2004 donde el Tribunal Supremo confirma la sentencia previa de la Audiencia Nacional y puntualiza: «Al no existir relación de causalidad entre la demora en revisar el indicado Tratado bilateral con Marruecos y los perjuicios reclamados por el retraso en la puesta en funcionamiento de la línea regular de viajeros entre Almería y Nador, mientras que la negativa de las autoridades españolas al atraque del buque en los puertos de Alicante, Almería o Málaga no constituyó, según lo expuesto, una violación del Derecho Comunitario por ser una restricción justificada a la libre prestación servicios, no concurren los requisitos necesarios para que, tanto con arreglo al Derecho Comunitario, recogido en la Sentencia que se invoca del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, como al derecho interno (art. 139.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), surja el deber de la Administración de indemnizar dicho perjuicio, ya que las recurrentes tenían el deber jurídico de soportar las restricciones impuestas a su libertad de establecer una línea regular de transporte marítimo entre Almería y Nador»⁹³.

IV. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia comunitaria sobre responsabilidad constituye el corolario natural del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario. La preocupación por los derechos de los ciudadanos que late en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde sus primeros momentos de funcionamiento se traduce, a través del principio de responsabilidad del Estado, en un derecho tan tangible y decisivo como el de reparación de los daños causados.

⁹² TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 30 de abril de 2004 (recurso núm. 8622/1999, ponente: Martínez-Vares García).

⁹³ TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 8 de marzo de 2004 (recurso núm. 8621/1999, ponente: Lecumberri Martí, FJ 8) y en términos idénticos de la misma Sala y Sección, la sentencia de 22 de octubre de 2003 (recurso núm. 753/1999, ponente: Martínez-Vares García, FJ 8).

Sin embargo, no puede olvidarse que el derecho de indemnización de los particulares sólo es un remedio contra el incumplimiento de las autoridades nacionales por lo que, sólo en los casos más graves y flagrantes, es decir, cuando se produzca una «violación suficientemente caracterizada», el ciudadano podrá reclamar de las 'autoridades nacionales' los daños sufridos por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Queda, por tanto, un ámbito, ciertamente reducido, en el que al modo tradicional clásico se pueda constatar la «responsabilidad del Estado» sin que de la misma se deriven mecanismos efectivos y disuasorios frente al incumplimiento.

La recepción de la jurisprudencia comunitaria en nuestro Derecho no podía ser más apropiada con una sentencia, como la del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, donde generosamente desborda las expectativas de los europeístas más optimistas. Ahora bien, será preciso que en las distintas instancias judiciales que conozcan de la reclamación de daños por violación del Derecho comunitario, no sólo contra la Administración General del Estado sino también contra las Administraciones de las Comunidades Autónomas o incluso otros organismos públicos, se decanten convenientemente los principios establecidos por el Tribunal de Justicia y se concreten en la aplicación por las Administraciones y los Tribunales españoles.

El punto de partida es alentador para los particulares: ya son numerosas las sentencias que declaran el incumplimiento del Derecho comunitario por parte de España, bien directamente como consecuencia de un recurso directo por incumplimiento, bien indirectamente a través de una cuestión prejudicial planteada por un juez español o de otro países de la Unión, y no parece que la jurisprudencia de nuestros tribunales, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo y los criterios de la Audiencia Nacional en cuanto se refiere a la Administración General del Estado, suponga obstáculo alguno, sino todo lo contrario, a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños causados como consecuencia de la violación del Derecho comunitario por las autoridades españolas.