

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO NORMATIVO EN EL QUE SITÚA EL PROBLEMA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR LOS ESTADOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

No hace mucho Fritz Ossenbûl, se refería en los siguientes términos a la situación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho alemán: *“Se carece de un tratamiento jurídico unitario y sistemático, o codificado, de la responsabilidad patrimonial del Estado. Antes al contrario, cabe afirmar que se ha llegado a nuestros días con todo un aluvión de figuras y técnicas jurídicas heterogéneas (...) puede decirse que su régimen jurídico tiene origen jurisprudencial, aún cuando el legislador haya establecido principios o criterios indemnizatorios”*.¹ Estas palabras bien pueden aplicarse a la situación de cualquier ordenamiento interno y, especialmente, al desarrollo de la responsabilidad tanto de las instituciones comunitarias como de los Estados por incumplimiento de las normas comunitarias, a las que nos referiremos particularmente.

La responsabilidad patrimonial o extracontractual de los Estados se enmarca en el contexto del complejo normativo de la Unión Europea. Su construcción jurisprudencial se funda precisamente en la dinámica de dicho entramado normativo, cuyo funcionamiento ha sido diseñado por el propio Tribunal de las Comunidades Europeas (en adelante e indistintamente TJCE o Tribunal).

Junto a la regulación denominada originaria, representada por los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, las sucesivas incorporaciones de los nuevos Estados y las modificaciones a los pactos originarios,² se encuentra el derecho comunitario derivado, cuya complejidad viene determinada por la actual estructura de la Unión Europea. Al respecto, es necesario tener presente que el proceso de unificación, iniciado por los tratados constitutivos de París y Roma, tenía por objeto una integración supranacional. Como explica Peláez, se habla de integración y no de simple cooperación para reflejar la cesión al órgano de competencias que implican el abandono irreversible e incondicionado de soberanía; además es supranacional porque supera la figura tradicional de los Estados.³

A partir del Tratado de Maastricht de 1992 se constituyó la Unión Europea (artículo A del Tratado) sobre la base de los denominados 3 pilares, constituidos por los ámbitos de integración de las Comunidades, que dejó de ser una comunidad meramente económica. Así, el artículo G modificó los términos de los tratados constitutivos, denominándose en adelante “Comunidad Europea” y no sólo “Comunidad Económica Europea”. Se suma al proceso de integración dos ámbitos de cooperación entre los Estados miembros: la política exterior y seguridad común (conocido como PESC, regulado en el Título V) y la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior (denominado CJAI, regulado en el Título VI).⁴ Pues bien, en el contexto de la Comunidad Europea, que se traduce en el ámbito de integración de los Estados miembros, existen instituciones y normativa derivada diferenciada de los pilares de cooperación.

Es en este marco jurídico normativo en el que se sitúa el problema de la responsabilidad patrimonial de los Estados. Es decir, se trata de una cuestión que ha surgido en el contexto del proceso de integración, por actuación de los Estados en relación con la normativa típica comunitaria y como reflejo de la responsabilidad de los propios órganos comunitarios por daños causados a los particulares. En efecto, como analizaremos detalladamente en los apartados siguientes, en ausencia absoluta de normas, la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario ha sido construida por el TJCE como principio general del sistema comunitario, desarrollán-

dose sobre la base de los elementos exigidos para la responsabilidad de las instituciones comunitarias.

Como explica Molina, los principios generales del Derecho comunitario constituyen una fuente obligatoria del orden jurídico de la Comunidad Europea, que se extraen de los articulados de los Tratados constitutivos y se han ido desarrollando por la labor del TJCE.⁷ Para Mengozzi, el método del que se valen los jueces comunitarios para integrar las lagunas del Derecho comunitario es denominado en doctrina “método de integración selectiva”. El Derecho comunitario, tributario tanto del Derecho internacional, como de los derechos internos de los Estados miembros, permite que los jueces comunitarios efectúen la integración refiriéndose a uno u otro y dando relevancia a un juicio que expresan sobre una valoración de su idoneidad para operar, en sintonía con la estructura y principios fundamentales del ordenamiento comunitario, para la realización de sus objetivos.⁸ Esta labor de integración ocurrió en el caso de la responsabilidad de los Estados, primero con el asunto *Francovich* y luego decididamente con la sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*.

2. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

2.1. Características del Derecho comunitario, establecidas por el TJCE que permiten construir el régimen de responsabilidad de los Estados

Antes de analizar los principales sentencias del TJCE que han ido consagrando y construyendo el sistema de responsabilidad, conviene referirnos brevemente a las características de cada uno de los actos típicos emanados de las instituciones. Como hemos visto, el Reglamento, –que guarda ciertas semejanzas con una ley estatal–, de acuerdo con el artículo 249 del Tratado, es una norma de carácter general y abstracto, es decir, no identifica a sus destinatarios, de manera que cualquier sujeto contemplado que se encuentre en la situación descrita en el Reglamento es sujeto pasible de él. Es imperativo y no deja márgenes de apreciación. Se caracteriza, además, por ser directamente aplicable en cada uno de los Estados miem-

bros, sin necesidad de normas jurídicas internas que los incorporen o los completen. Por lo mismo, es generador de derechos individuales, pudiendo beneficiarse de él los sujetos de derecho de cada uno de los Estados miembros.⁹

De otra parte, la Directiva se preocupa de regular líneas generales, dejando a cada Estado opciones para alcanzar el resultado señalado en la Directiva. A diferencia del Reglamento, requiere de una incorporación al derecho interno, mediante la transposición, en las que concretan los Estados su discrecionalidad. La obligación de transposición es ineludible e incondicionada para los Estados.¹⁰ Por último la Decisión constituye una resolución mixta. Comparte la naturaleza del Reglamento en cuanto su obligatoriedad, pero a diferencia de éste designa destinatarios, como la Directiva, aunque pueden ser tanto los Estados como las personas jurídicas privadas o personas naturales. Cuando se dirige contra éstos se presenta como un verdadero acto administrativo que afecta la esfera individual de uno o varios sujetos. En el caso se vaya dirigido en contra de los Estados necesita normas internas de implementación.

Todas estas normas tienen dos características importantísimas: deben ser motivadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 253 del TCE. Una segunda característica importante de las normas comunitarias es la primacía del derecho comunitario, que resuelve el hipotético conflicto de contradicción de la norma interna con las disposiciones comunitarias.¹¹

Algunas normas comunitarias gozan del denominado efecto directo. Según la profesora Beatriz Pérez, el efecto directo en Derecho comunitario puede definirse en base a tres referencias: en primer lugar, presupone la existencia de ciertas normas comunitarias que presentan un mandato jurídico muy preciso, no sometido a plazo o a condición alguna y que no precisan de complemento de disposiciones internas; en segundo lugar, del contenido de esa normas se extraen derechos subjetivos, por atribución expresa o como consecuencia de obligaciones impuestas a los Estados miembros o a otros particulares; y, en tercer lugar, esos derechos individuales resultan conculcados por aquél a quien incumbe la aplicación de la

norma comunitaria. De reunirse estas tres circunstancias el ciudadano titular de los derechos ignorados puede invocarlo directamente ante la jurisdicción interna competente.¹²

De la característica de integración inmediata al derecho interno de la norma comunitaria pueden derivar dos tipos de conflictos: cuando la norma comunitaria consagra un derecho subjetivo y éste es vulnerado en el ámbito interno, el TJCE ha resuelto el conflicto elaborando el principio del efecto directo, como técnica de tutela efectiva.¹³ Este efecto es, con todo, excepcional, tratándose de Directivas, pues el efecto directo se ha establecido como una sanción para el Estado incumplidor cuando éste no ha efectuado la transposición al derecho interno, cuando se trata de derechos jurídicamente perfectos, clara y precisamente determinados, pero aún en este supuesto sólo opera en las relaciones verticales, entre los Estados y los particulares, pero no en las relaciones horizontales.¹⁴

Precisamente, la obligación de indemnizar perjuicios por los Estados miembros va a surgir en primer lugar en aquellos casos de incumplimiento del derecho comunitario cuando la norma incumplida carece de efecto directo o teniéndolo, sólo puede serlo en las relaciones horizontales, tal como analizaremos en el apartado siguiente.

2.2. Los hitos jurisprudenciales

2.2.1. LA SENTENCIA FRANCOVICH/BONIFACI, ASUNTOS ACUMULADOS C-6/90 Y 9/90: CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS ¹⁵

a) Los hechos

El primer hito jurisprudencial, como hemos señalado, puede encontrarse en la sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991, en los asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, siendo las demandantes ante los tribunales italianos Andrea Francovich y Danila Bonifaci.¹⁶

Los hechos que motivaron la sentencia del TJCE, en breve síntesis, son los siguientes. La Directiva 87/987 pretendía garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de pro-

tección en caso de insolvencia del empresario. Como la República italiana no cumplió la obligación de incorporar la Directiva en el plazo señalado en el artículo 11 de la Directiva, el TJCE declaró su incumplimiento por sentencia de 2 de febrero de 1989, en el asunto 22/87, Comisión con Italia.

El señor Francovich había trabajado para la empresa “CDN electrónica snc”. En la prelatura de Vicenza interpuso una demanda para obtener el pago de las prestaciones adeudadas. El tribunal condenó a la empresa al pago de 6 millones de LIT. Frente a la negativa de embargo, el señor Francovich invocó entonces el derecho a obtener del Estado italiano las garantías que el otorgaba la Directiva 80/987 o, con carácter subsidiario, una indemnización de perjuicios por los daños causados. En una situación similar se encontraba la sra. Danila Bonifaci y otras 33 trabajadoras por cuenta ajena, que interpusieron una demanda ante la Prelatura de Bassano del Grapa, indicando que habían prestado servicios para la empresa “Gaia Confesión srl”, declarada en quiebra durante el año 1985. Cinco años después no habían obtenido la restitución de suma alguna y el síndico les indicaba que era improbable obtener la recuperación de tales valores. En consecuencia, demandaron del Estado italiano las prestaciones de la Directiva o, en su defecto, una indemnización de perjuicios por los daños causados.

b) El análisis jurídico: condiciones para establecer la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario

En este contexto, ambos tribunales italianos plantearon idénticas cuestiones prejudiciales.¹⁷ En los considerandos 10 a 27 el Tribunal se detiene en la cuestión de si las garantías otorgadas en la Directiva son suficientemente precisas e incondicionadas. En principio, en el considerando 11, el Tribunal reitera el principio del efecto directo de las Directivas, aún a falta de transposición por los Estados miembros. Afirma la determinación de las garantías, pues el juez nacional, a la luz del derecho interno, sólo debe determinar si los demandantes se encuentran comprendidos en el concepto de trabajadores dependientes y si el empresario que los ha contratado está comprendido en el concepto de “empleador”, de acuerdo con el derecho nacional. En los considerandos 15 a 22 concluye que el

contenido de la garantía también es lo suficientemente precisa e incondicionada, reiterando el principio de que la facultad que se otorgue a un Estado miembro para elegir entre distintas posibilidades para conseguir el resultado previsto en la Directiva no puede ser excusa para su incumplimiento y no excluye la posibilidad de alegar ante los órganos jurisdiccionales los derechos consagrados a favor de los particulares (considerando 22).¹⁸

No obstante lo anterior, el Tribunal argumentará que los particulares no pueden invocar las garantías que le confiere la Directiva 80/987, pues pese a contener derechos suficientemente determinados, precisos e incondicionados, ésta no precisa quien es el obligado a dicho pago, ni siquiera en el caso que el Estado opte por el régimen de organización del sistema financiado íntegramente por él (considerandos 24, 25 y 26)

Efectuado este análisis, el Tribunal se preocupa de establecer la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones, en los considerandos 28 a 46. El principio de la responsabilidad de los Estados se funda en los importantes características que hemos analizado para las normas comunitarias: la primacía del derecho comunitario y la construcción de un ordenamiento jurídico propio, que puede crear derechos y obligaciones tanto para los Estados miembros, como para los particulares (considerando 31, recordando el Tribunal las decisiones de los asuntos *Ven Gend & Loos* y *Costa c/Enel*). En el considerando 33 declara: *“Hay que señalar que 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 oportunidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable al Estado miembro”*. Y en el considerando 35 reitera: *“De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables son inherentes al sistema del Tratado”*

Finalmente, el Tribunal formula dos declaraciones importantísimas. En primer lugar, que la responsabilidad procede

cuando el particular no puede invocar un derecho subjetivo ante las autoridades jurisdiccionales de su Estado, lo que se establece como una especie de condición previa, antes de analizar los requisitos de la responsabilidad. En segundo lugar, sienta el principio de la responsabilidad concretamente en el artículo 5 del TCEE –actual artículo 10 TCE–, que obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas generales o particulares para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. De ahí arrancaría una obligación de eliminar todas las consecuencias dañosas de una violación del Derecho comunitario. Es decir, se trataría de una especie de norma general del sistema que consagraría un deber general de cuidado para los Estados de no generar daños a los demás y operaría, a nuestro juicio, como las cláusulas generales de responsabilidad de los sistemas continentales. Volveremos sobre este tópico más adelante, al hacer mención al daño.

En cuanto a los requisitos, analizados en los considerandos 38 a 46, no obstante declarar la existencia de la cláusula general de debido cuidado, en el considerando 38 señala que dicha responsabilidad depende de la naturaleza de la obligación infringida. En la especie, al tratarse la no transposición de una Directiva, la plena eficacia del Derecho comunitario se traduce en una indemnización de perjuicios siempre que se cumplan 3 requisitos: a) que la Directiva implique atribución de derechos a favor de los particulares; b) que el contenido de esos derechos pueda ser deducido de la Directiva; c) relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (considerando 40). El TJCE no desarrolló cada uno de estos requisitos, pues dejó entregada la decisión de la cuestión a las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, fue claro en que el Estado debía indemnizar a los demandantes de autos y estableció otro importantísimo principio, al indicar en el considerando 43 que las condiciones de forma y fondo que establezcan regímenes de responsabilidad para situaciones semejantes, no podían ser más estrictos que los fijados por el TJCE para hacer efectiva la indemnización.

2.2.2. LA SENTENCIA BRASSERIE DU PÊCHEUR Y FACTORTAME: EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS¹⁹

a) *Los hechos*

En los asuntos acumulados *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C/48-93, sentencia de 5 de marzo de 1996, el Tribunal fue mucho más allá, pues, como veremos ya no va a supeditar la responsabilidad de los Estados sólo a la hipótesis de no existir efecto directo de las resoluciones, haciéndose cargo de cuestiones relevantes para el establecimiento de la responsabilidad y creando un régimen de derecho común, al equiparar los requisitos de la responsabilidad estatal con los requisitos exigidos para configurar la responsabilidad patrimonial de las instituciones y órganos comunitarios.²⁰

En el asunto C-46/93, los hechos son los siguientes. *Brasserie du Pêcheur*, sociedad francesa, se vio obligada durante el año 1981 a interrumpir sus exportaciones a Alemania debido a que las autoridades alemanas consideraban que la cerveza fabricada por dicha sociedad no era conforme a la Ley de pureza consagrada en los artículos 9 y 10 de la *Biersteurgesetz* de 14 de mayo de 1952, en su versión de 14 de diciembre de 1976. Por su parte, la Comisión inició un procedimiento por incumplimiento en contra de la República Federal Alemana, por entender que el articulado de dicha ley violaba el artículo 30 del Tratado CEE. En la sentencia de 12 de marzo de 1987, asunto Comisión c/ Alemania, 178/84, el TJCE declaró incompatible con el artículo 30 los preceptos de la legislación alemana. Dictada la sentencia, la sociedad *Brasserie du Pêcheur* demandó a la República Federal Alemana exigiendo indemnización por los perjuicios sufridos entre 1981 y 1987. En este contexto, el Tribunal alemán (el *Bundesrichtsshof*) planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE.

En el asunto C-48/93, la empresa *Factortame* y otras, que agrupaban personas físicas y a sociedades británicas, entablaron un procedimiento ante el Tribunal inglés (*Divisional Court*), en el que se impugnaba la compatibilidad de la parte II de la *Merchant*

Schipping Act 1988, con el Derecho comunitario y, especialmente con el antiguo artículo 52 del Tratado CEE. La referida ley establecía un nuevo registro de buques de pesca británicos y supeditaba la matriculación de estos últimos, incluidos los ya matriculados, a determinados requisitos de nacionalidad, domicilio y residencia. El tribunal inglés consultó al TJCE si tales medidas eran incompatibles con el Tratado. El TJCE, en el asunto C-221/89, sentencia de 25 de julio de 1985, declaró que el Derecho comunitario se oponía a requisitos de nacionalidad, residencia o domicilio de los propietarios, fletadores y armadores.

Por otra parte, el 4 de agosto de 1989, la Comisión había planteado un recurso por incumplimiento contra el Reino Unido, en el asunto C-246/89, Comisión c/Reino Unido, el TJCE confirmó que los requisitos de matriculación de la ley inglesa eran contrarios al Derecho comunitario. Paralelamente, la *Divisional Court*, el 2 de octubre de 1991, dictó una resolución dando cumplimiento a la sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991, antes citada, y al mismo tiempo, instaba a los demandantes a precisar su demanda de indemnización. Los demandantes plantearon entonces una demanda por daños, incluida una acción por daños disuasorios. En este contexto, la *Divisional Court* suspendió el procedimiento y planteó la TJCE cuestiones prejudiciales.

b) Análisis jurídico de la sentencia

A partir del considerando 16 el TJCE se pronuncia sobre cada una de las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales alemán e inglés. Dichas cuestiones analizaremos en los apartados siguientes.

b.1. Primera cuestión: ¿Es responsable el Estado legislador por violación del Derecho comunitario?

La primera cuestión planteaba si era posible perseguir la responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario, abordada en los considerandos 16 a 36 del fallo. En primer lugar, el Tribunal se hace cargo de dos argumentaciones formuladas por distintos Estados, para luego responder la cuestión

directamente en el considerando 34. Así, descarta que el régimen de responsabilidad sea aplicable sólo en los supuestos de que las disposiciones comunitarias carezcan de efecto directo en favor de los particulares y que, en este caso, cuando un derecho es conferido directamente por una norma comunitaria, el derecho a reparación supone el corolario necesario del efecto directo, agregando que en los autos, tanto el artículo 30 –hoy, artículo 28 TCE-; como el 52 –hoy artículo 43 TCE-, ambos infringidos, tienen efecto directo (considerandos 20, 21 y 22).

En esta decisión el TJCE obró consecuentemente, pues de la lectura de los considerandos 33, 34 y 35 de la sentencia recaída en el asunto Francovich/Bonifaci no puede deducirse que el Tribunal hubiere querido reducir el ámbito de la responsabilidad sólo al supuesto que no operara el efecto directo. Así, sostiene que el régimen de responsabilidad es inherente al sistema del Tratado, que la reparación procede cuando los derechos de los particulares son lesionados –puedan invocarse directamente o no, no se distingue- y que en ese caso se afirmó que la responsabilidad procedía particularmente –pero no exclusivamente- cuando la norma carece de efecto directo. Si cabe alguna duda, el TJCE es más explícito todavía en el considerando 38 cuando afirma que los requisitos dependían del tipo de lesión al Derecho comunitario, abriendo la posibilidad a otras hipótesis de responsabilidad.

Un segundo argumento desestimado por el Tribunal consistía en la alegación del gobierno Alemán, en el sentido que un régimen general de responsabilidad en favor de los particulares sólo puede ser establecido por una ley y que el reconocimiento de tal derecho vía jurisprudencial es incompatible con el reparto de competencias entre las instituciones de la Comunidad y los Estados miembros. La respuesta más acertada del Tribunal nos parece la señalada en el considerando 30, en que el cual indica que, con todo, gran número de sistemas nacionales han sido establecidos por vía jurisprudencial, habiendo indicado en considerandos anteriores que a falta de regulación expresa de la materia en los Tratados, corresponde al Tribunal desarrollar dicho régimen, conforme a artículo 164 del CEE, que le permite garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado.

Esta cuestión nos sugiere varios comentarios. En primer lugar, es claro que el planteamiento del gobierno alemán se sitúa en la vieja polémica sobre si los regímenes de responsabilidad de los Estados constituyen un sistema autónomo –generalmente de rai-gambre constitucional- o bien se trata de un régimen de derecho común, en el que tienen cabida las viejas normas de responsabilidad de los códigos civiles. Así, seguramente el Estado alemán consideraba que no era posible aplicar las reglas del derecho común, de ahí que reclamara una disposición legal específica.

Sucede que en los sistemas internos, aún si se quiere fundamentar la responsabilidad del Estado en la Constitución, sosteniendo que se trata de un régimen autónomo, para deducir de ahí un régimen objetivo, entendiendo por tal, la mera relación de causalidad entre la conducta y el resultado, esta forma de pensamiento nada resuelve. Afirmar que el sistema de responsabilidad del Estado es un sistema autónomo, autosuficiente y consagrado constitucionalmente, se ha planteado para descartar o no la aplicación de la culpa tratándose de la falta de servicio o, dicho de otro modo, para fundamentar el carácter objetivo de la responsabilidad. Por lo tanto, si la responsabilidad patrimonial del Estado está consagrada directamente en la Constitución o no es una cuestión irrelevante. De ahí no puede derivarse, aunque se quiera, un régimen autónomo, porque debemos volver a las normas del Derecho común a propósito de los restantes factores de atribución, es decir, la acción u omisión, la antijuridicidad, la relación causal y el daño; incluso a veces estas normas bastante poco nos aportan, dejando entregado a la jurisprudencia el establecimiento de los criterios para la configuración de tales elementos.

En segundo lugar, es claro que el TJCE va mucho más allá de un proceso de interpretación y aún de integración en la construcción del sistema de responsabilidad de los Estados por incumplimiento, pero ello no constituye una peculiaridad por dos órdenes de razones: los tribunales jamás han restringido su labor a la mera interpretación, si con ello entendemos la reducción, mediante un procedimiento de deducción lógico, de la premisa mayor, que es la ley, a la hipótesis de hecho, que es el caso concreto. Los tribunales siempre crean una norma para ser aplicada al caso concreto y ello

explica hoy en día gran parte del desarrollo de los sistemas de responsabilidad en los derechos internos.²¹

En este sentido el Tribunal había enunciado que existe una norma que puede erigirse en principio general de responsabilidad de los Estados. Nos referimos al artículo 5 del TCEE –actual artículo 10 TCE–, que según el considerando 36 de la sentencia Francovich importa una obligación de eliminar todas las consecuencias ilícitas de la violación del Derecho comunitarios, es decir, una especie de *alterum laedere*. Sin embargo, posteriormente el propio Tribunal abandonó el principio, al señalar en el considerando 38 del mismo fallo que el régimen de responsabilidad dependía de la obligación incumplida –y no siempre de la cláusula general que antes había enunciado– y reiterarlo en la sentencia que estamos analizando.

Por último, para afirmar la responsabilidad del Estado legislador, el Tribunal considera que la responsabilidad puede predicarse del Estado en su unidad, independientemente que la violación sea imputable al poder legislativo, al poder ejecutivo o al poder judicial (considerandos 34 y 35).

b.2. Los requisitos de la responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario

Un segundo aspecto al que se refiere la sentencia analizada es a los requisitos para que exista responsabilidad a causa de actos y omisiones del legislador nacional (considerandos 37 a 74). En general, en estos considerandos puede verse el esfuerzo del Tribunal por construir un sistema de responsabilidad y en las contradicciones que inevitablemente se cae en dicha construcción. Ello puede apreciarse especialmente en los 4 primeros considerandos que analizan el tema. En el primero, reitera la idea de la sentencia Francovich, en el sentido que los requisitos dependen de la naturaleza de la obligación vulnerada (considerando 38), para luego recurrir en la construcción a los principios propios del ordenamiento jurídico comunitario, y el artículo 5 TCEE –actual artículo 10 TCE–; pero luego, a partir del considerando 40, recurrirá al régimen de

responsabilidad de las instituciones comunitarias como régimen común, como analizaremos.

Así, en el considerando 42 se afirma expresamente que los requisitos para que un Estado incurra en responsabilidad por violación del Derecho comunitario no debe diferir de aquellos establecidos para los órganos comunitarios en circunstancias comparables. Se explica que dicho sistema de responsabilidad se articula teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación de las instituciones comunitarias.

En efecto, para justificar la equiparación con el régimen de responsabilidad de instituciones comunitarias, el Tribunal analiza la cuestión desde la óptica del margen de apreciación, en los considerandos 44 a 49. En síntesis, establece que el legislador nacional, al igual que las instituciones comunitarias, no siempre tiene un amplio margen de apreciación, pues debe ajustarse al ámbito regido por el Derecho comunitario, como ocurría en el caso *Francovich*. En cambio, cuando un Estado actúa en un ámbito no regulado por el Derecho comunitario –como en las situaciones analizadas en autos–, es comparable a aquella que disponen las instituciones comunitarias para la aplicación de las políticas comunitarias. En tales casos, de acuerdo con el considerando 51, para que exista responsabilidad deben reunirse tres requisitos: a) que la norma violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; b) que la violación esté suficientemente caracterizada; y, c) que exista una relación de causalidad entre la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular.

En cuanto al primer requisito, el Tribunal sostiene que ambos casos, tanto del artículo 30 como del artículo 52 del Tratado se configuran derechos precisos y determinados para los particulares afectados (considerando 54). En lo que respecta al segundo requisito, el Tribunal afirma que una violación al Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando existe una inobservancia manifiesta y grave, por parte de un Estado miembro como de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. Aunque el Tribunal no profundiza sobre cuáles serían esos límites, sí señala algunos elementos para apreciar el

requisito, como la claridad y precisión de la norma vulnerada, el margen de apreciación de los entidades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o voluntario del perjuicio causado, el carácter excusable e inexcusable del error de Derecho cometido, entre otras. Además, indica que cuando existe una sentencia del propio TJCE declarando previamente el incumplimiento al Derecho comunitario –como acontece en ambos casos–, así como cuando existe un pronunciamiento prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del TJCE en la materia, se desprende automáticamente el carácter suficiente de la lesión para configurar la responsabilidad (considerandos 55 a 57).

No puede dejar de anotarse que, al apreciar este requisito el Tribunal está exigiendo culpa en la actuación del Estado que incurrir en responsabilidad, como parece señalar al contestar la tercera cuestión del asunto C-46/93, considerandos 75 a 80 y que analizaremos detalladamente en el apartado siguiente.

A partir del considerando 58 el TJCE, contrariamente al criterio de la sentencia Francovich, efectuará directamente un análisis de los hechos para determinar si se ha incurrido, por parte de los Estados, en una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. Y así indica, en el considerando 58: *“En los presentes autos, el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales, únicos competentes para determinar los hechos de los asuntos principales y para caracterizar las violaciones del Derecho comunitario de que se trata, por la suya propia. Sin embargo, este Tribunal de Justicia considera útil recordar determinadas circunstancias que podrían tener en cuenta los órganos jurisdiccionales nacionales”*. En los considerandos siguientes analiza por qué en cada caso puede estimarse que la violación está suficientemente caracterizada por parte de los Estados alemán e inglés.

En cuanto al tercer requisito, la relación de causalidad, el Tribunal de Justicia hace una escueta declaración, en el considerando 65, indicando que corresponde al tribunal nacional determinar si en la especie concurre un vínculo causal entre la conducta culposa y el daño. Dado que el Tribunal ya había entrado en el aná-

lisis de los dos primeros requisitos, introduciendo valoraciones jurídicas, otorgando pautas e incluso analizando los hechos, no entendemos por qué la relación de causalidad, que se presenta como la de mayor dificultad recibe un tratamiento distinto. Incluso, nos parece que la declaración acerca de que las restricciones en los ordenamientos nacionales no pueden ser menos beneficiosas (considerando 67) y que se repite más adelante, queda en entredicho si el Tribunal no asume la tarea de ir precisando que significa causalidad para la construcción del sistema de responsabilidad comunitario. Sobre esta cuestión, sin embargo, volveremos más adelante.

Como hemos adelantado, en los considerandos 67 a 74 el Tribunal se preocupa de la no menos importante cuestión de las regulaciones nacionales de la responsabilidad del Estado legislador y en particular las del Estado alemán e inglés y cómo deben operar dichas regulaciones en relación con la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario. Así, en síntesis, el Tribunal sostiene que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en caso alguno pueden ser menos favorables, ni podrán hacerse excesivamente difícil obtener la indemnización. En la medida que los requisitos nacionales pueden obstaculizar la reparación de los daños, no pueden aplicarse en caso de incumplimiento del Derecho comunitario.

b.3. Sobre si debe existir culpa de parte del Estado para supeditar la reparación (tercera cuestión asunto C-46/93). Sobre la cuantía material de la indemnización (cuarta cuestión asunto C-46/93 y segunda cuestión asunto C-48/93). Período de la indemnización (letra b) de la cuarta cuestión del asunto C-46/93.

A ambas cuestiones nos referiremos brevemente, pues queremos profundizar sobre ellas en el apartado siguiente, cuando efectuemos un estudio de los requisitos que el Tribunal ha establecido para que proceda la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario.

En cuanto a la primera cuestión, es decir, si puede supeditarse a culpa la reparación, formulada por el tribunal alemán, tratada en los considerandos 75 a 80, el Tribunal reconoce que: *De este*

modo, para apreciar si una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada o no, son pertinentes determinados elementos objetivos y subjetivos que, en el marco de un sistema jurídico nacional, pueden estar vinculados a la noción de culpa (véanse dichos elementos en los apartados 56 y 57 de esta sentencia)” (considerando 78). Sin embargo reitera que el requisito de la culpa no puede ir más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario.

En cuanto a la cuantía material de la lesión, consideramos 81 a 90, nos parece que encierra esta cuestión uno de los aspectos más importantes del deber de los Estados de indemnizar a los particulares. Pero sobre ello volveremos en el apartado siguiente. Por ahora, baste considerar que en general el Tribunal estima que la cuantía de la indemnización debe fijarse con arreglo al derecho nacional, pero que no puede obstaculizarse por esta vía el resarcimiento, en términos de hacerlo imposible, que no puede excluirse de la reparación el lucro cesante y que es posible la aplicación de los daños disuasorios –para el caso del Reino Unido– si se reúnen las condiciones que el ordenamiento interno exige para ello.

Finalmente, en los considerandos 91 a 100, el TJCE se detiene en el no menos importante asunto del alcance del período de la indemnización. Mediante esta cuestión el Tribunal fue llamado a dilucidar una interesante cuestión: sobre si la reparación de los daños puede extenderse a períodos anteriores a la sentencia que había declarado la infracción por incumplimiento del Derecho comunitario. El Tribunal, a nuestro juicio, responde magníficamente esta cuestión, con arreglo al principio de reparación integral del daño, aunque no enunciado explícitamente, se encuentra en el fondo del razonamiento, pues advierte que limitar la indemnización a la dictación de un fallo que declara el incumplimiento equivalía a poner en entredicho la indemnización, agregando además que el del Derecho a una indemnización no puede ser supeditado a la dictación previa de una sentencia que declare un incumplimiento, pues ésta no es determinante para configurar el requisito de la violación suficientemente caracterizada. En consecuencia, el Tribunal resuelve que los daños deben ser indemnizados desde la época en que fueron causados.

También desecha el TJCE la petición del Estado alemán, en el sentido de limitar la indemnización de los daños a los producidos con posterioridad a la dictación de la sentencia de autos, por las consecuencias patrimoniales que podría acarrear para dicho Estado futuras demandas. Frente a esta cuestión, el Tribunal se muestra inflexible, pues devuelve la resolución del problema al derecho nacional, aunque advierte que las limitaciones no pueden transformar el sistema en menos favorable que el régimen establecido por el Tribunal, lo que a nuestro juicio constituye un mecanismo indirecto para negar la petición.

2.2.3. LA SENTENCIA DILLENKOFER: LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD²²

a) *Los hechos*

En los asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, sentencia de Tribunal de 8 de octubre de 1996, la que resolvió las cuestiones prejudiciales en litigios pendientes ante tribunales nacionales por Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans Jürgen Schulte, Anke Heder, Werner, Úrsula y Tortsten Know y Bundesrepublik Deutschland, relativa a la interpretación de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio 1990, relativa a viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados. Mediante esta sentencia, que resolvía una cuestión análoga al caso *Francovich*, el Tribunal va a unificar definitivamente el régimen de responsabilidad de los Estados miembros, con independencia del supuesto en el que nos encontremos.²³

El Tribunal alemán (*Landgericht Bonn*) planteó al TJCE varias cuestiones prejudiciales en la demanda de indemnización que se entabló en contra de la República Federal Alemana, debido a los daños sufridos por no haber adaptado la Directiva dentro del plazo establecido. Según la Directiva, los Estados debían incorporarla a sus ordenamientos a más tardar el 31 de diciembre de 1992. El Estado alemán, el 24 de junio de 1994, adoptó la ley relativa a la aplicación de la Directiva, que introdujo una modificación al Código Civil alemán (BGB). La ley entró en vigor el 1 de julio de 1994, aplicándose a los viajes celebrados con posterioridad a dicha fecha.

Los demandantes contrataron diversos viajes combinados. Debido a la quiebra, en 1993, de dos operadores los demandantes no pudieron viajar o debieron volver de sus vacaciones por sus medios, sin conseguir la restitución de los valores invertidos, de manera que si se hubiere aplicado la Directiva antes del 31 de diciembre hubieren estado protegidos en virtud del artículo 7º de la Directiva. Los demandantes invocaron en sus pretensiones la sentencia Francovich.

b) Análisis de las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal

A partir del considerando 15, el Tribunal se detiene sobre cada una de las numerosas cuestiones sometidas a su opinión. Nos detendremos brevemente sobre cada uno de estos aspectos.

En cuanto a los requisitos para que exista responsabilidad del Estado, en los considerandos 15 a 29 el Tribunal aborda la cuestión, respondiendo las cuestiones octava, novena, décima, undécima y duodécima del tribunal alemán. Curiosamente, a diferencia de la sentencia Francovich no se detiene a analizar en primer lugar la existencia del derecho configurado en la Directiva y si el particular puede oponerlo a sus órganos jurisdiccionales, sino que comienza por la cuestión de los requisitos.

Luego de reiterar la jurisprudencia anterior, en el entendido que la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario es inherente al sistema del Tratado y que ésta depende de la naturaleza de la obligación violada, uniforma el criterio en cuanto a los requisitos, de ahí la importancia de esta sentencia. En efecto, en el considerando 21 indica que, tal como lo venía afirmando el Tribunal, la responsabilidad estatal requiere la concurrencia de 3 requisitos: a) violación de una norma comunitaria que les confiera derechos; b) violación suficientemente caracterizada; c) relación de causalidad entre la violación y el daño. En el considerando 22 agrega que además, cuando se trata de un asunto como el de Francovich y el de autos, importa que el resultado previsto por la Directiva implique a favor de los particulares derechos cuyo contenido pueda ser identificado

basándose en la Directiva, existiendo además relación de causalidad.

De esta manera, a nuestro juicio, a pesar de reiterar el Tribunal que los requisitos dependen de la naturaleza de la obligación vulnerada (dejando siempre una llave abierta a casos futuros), uniforma el régimen al hacer comunes los requisitos del caso *Francovich* con el que comenzó a aplicar a partir del caso *Brasserie du Pêcheur y Factortame*. En suma, la violación del Derecho comunitario no puede supeditarse a una sentencia dictada en un recurso por incumplimiento y que el no transponer una Directiva dentro del plazo fijado por ésta constituye, por sí misma, una violación suficientemente caracterizada.

Una vez dilucidada esta cuestión, en los considerandos 30 a 46 se detiene a analizar la existencia de derechos subjetivos en las directivas, respondiendo a las cuestiones primera y segunda del tribunal nacional. Concretamente el problema consiste en determinar si el artículo 7 de la Directiva establece un derecho caracterizado a favor de los consumidores. Del examen de la disposición, el Tribunal concluye que el artículo 7 implica la adquisición para el adquirente de un viaje combinado de derechos que garanticen la devolución de los fondos depositados y su repatriación en caso de insolvencia o quiebra del organizador (considerando 42). Pero además el Tribunal analiza si tales derechos pueden identificarse basándose sólo en las disposiciones de la Directiva, concluyendo, en los considerandos 43 a 46 que se encuentra perfectamente identificado el sujeto activo del derecho, el sujeto pasivo y el contenido del mismo y que no puede alegarse por el Estado alemán la existencia de un amplio margen de apreciación, pues ello carece de importancia cuando la Directiva tiene por objeto atribuir derechos a favor de los particulares. Por último, el Tribunal se refiere a las medidas necesarias para garantizar la correcta adaptación de la Directiva al Derecho nacional, respondiendo las cuestiones tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, en los considerandos 47 a 74.

En cuanto a las cuestiones tercera y cuarta, considerandos 47 a 55, el Tribunal responde cuáles son las medidas necesarias que el Estado debe adoptar para cumplir la Directiva. Al respecto el

Tribunal señala que la única medida óptima es la adopción de la Directivas dentro del plazo fijado por ella, en el caso en cuestión, al 31 de diciembre de 1992, no pudiendo los Estados miembros alegar situaciones de derecho interno para excusar el incumplimiento del Derecho comunitario. Por último, las cuestiones quinta sexta y séptima se reiteran aspectos menores, relativos a la regulación interna del Derecho alemán, que no inciden, sino que, por el contrario, reafirman la decisión del Tribunal en los sentidos antes indicados.

2.2.4. OTRAS SENTENCIAS RELEVANTES DICTADAS EN LA MATERIA

Con posterioridad el TJCE ha mantenido el criterio establecido en los fallos recientemente analizados. En el asunto C-140/97, Walter Rechberg, Renate Greindl, Hermann Hofmeister y otros República de Austria, sentencia de 15 de junio de 1999, el Tribunal estableció la responsabilidad del Estado austriaco por defectuosa transposición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, sobre viajes combinados. En síntesis el Tribunal establece que una adaptación de un ordenamiento jurídico interno al art. 7 de la Directiva 90/314 que limite la protección prescrita por esta disposición únicamente a los viajes cuyo inicio hubiera sido fijado no antes del cuarto mes posterior al plazo de adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva, constituye una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, aunque el Estado miembro haya ejecutado todas las demás prescripciones de la Directiva. Agrega, además, que no se ha adaptado correctamente al ordenamiento jurídico interno el artículo 7 de la Directiva 90/314 cuando la normativa interna se limita a exigir, para la cobertura del riesgo, un contrato de seguro o una garantía bancaria cuyo importe debe ser igual, como mínimo, al 5 por cien de volumen de negocios realizado por el organizador en el marco de su actividad en el correspondiente trimestre del año natural por cuanto dicha formula no garantiza suficientemente los derechos que confiere la Directiva. Finalmente, el Tribunal da por establecido los 3 requisitos para que se configure la responsabilidad del Estado: a) la existencia de una obligación para el Estado y, como contrapartida, de derechos suficientemente descritos en la Directiva; b) una violación suficientemente caracterizada; c) la relación de causalidad.²⁴

Como indica Soriano, la sentencia parte, al enunciar los requisitos de la responsabilidad de un Estado, de lo dispuesto en la sentencia *Dillenkofer* –en la que hemos advertido el Tribunal unifica los requisitos de la responsabilidad-, que a su vez reitera la doctrina *British Telecommunications* y *Hedley Lomas*, entre otras.²⁵

Otra sentencia relevante es la de 4 de julio de 2000, relativa al asunto C-352/98, *Bergaderm*.²⁶ Según Mangas y Liñán, en esta sentencia el Tribunal va a eliminar la dualidad de régimen entre responsabilidad por actos administrativos y por actos normativos, pues en ambos casos los requisitos serán los mismos,²⁷ aunque, como hemos comentado, nos parece que tal unificación ya se había producido con el asunto *Dillekofer*. La sociedad *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA* (en lo sucesivo, «*Bergaderm*»), en liquidación judicial, y el Sr. Goupil, su presidente-director general, interpusieron un recurso de casación, con arreglo al artículo 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de julio de 1998, *Bergaderm* y *Goupil/Comisión*, (T-199/96, Rec. p. II-2805; en lo sucesivo, por la que el Tribunal de Primera Instancia había desestimado un recurso dirigido a la reparación del perjuicio supuestamente sufrido por las partes recurrentes con ocasión de la preparación y de la adopción de la Directiva 95/34/CE de la Comisión, de 10 de julio de 1995, Decimoctava Directiva por la que se adaptan al progreso técnico los Anexos II, III, VI y VII de la Directiva 76/768/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos (DO L 167, p. 19).

Bergaderm operaba en el mercado de los productos parafarmacéuticos y cosméticos. Producía en particular “*bergasol*”, un aceite solar que, además de aceite vegetal y filtros, contenía esencia de bergamota. Entre las moléculas que integran la esencia de bergamota figuran algunos psoralenos, igualmente denominados «*furocumarinas*». Uno de ellos es el “*bergapteno*”, asimismo conocido en el ámbito científico con el nombre de «*5-metoxipsoraleno*» (en lo sucesivo, «*5-MOP*»). Se sospecha que el *5-MOP* químicamente puro es potencialmente cancerígeno. La cuestión es si dicha molécula es asimismo potencialmente cancerígena como componente de la esencia de bergamota utilizada, junto con filtros, en un producto bronceador.

Esta cuestión fue objeto de controversia científica. En marzo de 1987, el Gobierno alemán solicitó a la Comisión que sometiera al Comité de adaptación una propuesta de limitar a 1 mg/kg la concentración máxima de “psoralenos” de origen natural en los aceites solares. La Comisión pidió un dictamen al Comité científico. En una reunión celebrada el 2 de octubre de 1990, éste recomendó limitar a 1 mg/kg la concentración máxima de 5-MOP en los aceites solares. Tras recabar la opinión de numerosos expertos, el Comité científico confirmó su dictamen inicial el 4 de noviembre de 1991, el 2 de junio de 1992 y el 24 de junio de 1994. Finalmente, el 28 de abril de 1995, el Comité recomendó una limitación a 1 mg/kg, habiendo votado todas las delegaciones en favor de dicho criterio, con excepción de la delegación francesa y de la delegación finlandesa, que se encontraba ausente.

El 10 de julio de 1995, la Comisión adoptó la Directiva de adaptación. Mediante su Anexo, punto 1, letra a), esta Directiva sustituyó el número de orden 358, en el Anexo II de la Directiva de los cosméticos. Bergaderm y el Sr. Goupil interpusieron un recurso, con arreglo a los artículos 178 y 215, párrafo segundo, del Tratado CE (actualmente artículos 235 CE y 288 CE, párrafo segundo), contra la Comisión, alegando que, con ocasión de la preparación y de la adopción de la Directiva de adaptación, la Comisión había incurrido en faltas que les habían causado un perjuicio económico importante y que habían llevado a Bergaderm a solicitar una declaración de quiebra. Según las partes recurrentes, por afectar exclusivamente al producto Bergasol, la Directiva de adaptación debía considerarse un acto administrativo. Las faltas imputadas a la Comisión eran vicios de procedimiento (infracción del procedimiento de adopción de la Directiva de adaptación y de los derechos de defensa de los recurrentes), un error manifiesto de apreciación, la violación del principio de proporcionalidad y, por último, una desviación de poder.

En cuanto a las cuestiones jurídicas planteadas, en el considerando 41 el Tribunal indica que, a falta de justificación, el régimen de responsabilidad de la Comunidad y de los Estados miembros, no debe diferir (considerando 41), para luego, en el considerando 42 repetir los 3 requisitos de responsabilidad establecidos en

el asunto *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, agregando que la violación suficientemente caracterizada dependerá del margen de apreciación y estableciendo nuevamente que, en caso que dicho margen sea escaso o no exista, la mera infracción del Derecho comunitario configura el requisito. Termina afirmando el Tribunal que la naturaleza del acto no influye en los requisitos que configuran la responsabilidad, lo que es muy interesante a los efectos de apreciar la evolución del instituto. De declarar en la sentencia *Francovich/Bonifaci* que los requisitos dependían de la norma vulnerada, se llega a esta otra, conforme a lo cual la naturaleza de la norma no incidirá en los requisitos de la responsabilidad. Sin embargo, en la sentencia *Köbler*, como veremos, el TJCE deberá volver sobre sus pasos al exigir un plus en los requisitos para configurar la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Una última sentencia de relevancia que queremos citar es la sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto *Köbler*, C-224/2001.²⁸ Según Daniel Sarmiento, desde la sentencia *Francovich/Bonifaci*, el Tribunal de justicia sentó de forma rotunda su indiferencia por el órgano estatal que cometiera o incurriera en la infracción. Agrega: “Con el paso de los años, mientras la responsabilidad de *Francovich* se extendió al ejecutivo, al legislativo y a los órganos constitucionales de un Estado, no ocurrió lo mismo con las infracciones cometidas por los Tribunales nacionales. Esta vía ha quedado abierta en el año 2003 a partir de la sentencia *Köbler*”.²⁹ Para Cobreros Mendazona la sentencia que comentamos puede colocarse como el tercer hito jurisprudencial, luego de los famosos asuntos *Francovich/Bonifaci* y *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, pues con la sentencia *Köbler* se da un paso más, afirmándose la responsabilidad estatal cuando el cumplimiento del Derecho comunitario proviene de un órgano judicial.³⁰

Los hechos del caso son los siguientes: el señor Gerhard Köbler es catedrático de la Universidad de Innsbruck desde 1986, disfrutando de todos los beneficios laborales contemplados en el Derecho de la función pública austriaca. Sin embargo, se le excluye de un complemento especial por antigüedad que se otorga a todos los docentes que hubiesen trabajado por más de 15 años en Universidades austriacas. El señor Köbler cumplía con los 15 años,

pero sumando el tiempo de trabajo en otras universidades europeas. Así, el señor Kôbler recurre a los tribunales austriacos por entender que dicha disposición jurídica vulneraba la libre circulación de trabajadores, consagrada en el artículo 39 del Tratado. Formulada la pretensión ante el *Verwaltungsgerichtshof*, éste plantea una cuestión prejudicial, en el año 1997, para determinar la naturaleza de dicho complemento, y el carácter lesivo del Derecho comunitario. Pocos meses después el Tribunal resuelve el asunto Schöning-Kougebetopoulou, C-15/96, de 15 de enero de 1998, por el que el Tribunal estima que el complemento es parte de la remuneración y por tanto susceptible de generar discriminación en contra de los no nacionales comunitarios. Como indica Sarmiento, si se considera que la prima de fidelidad no es parte de la remuneración, puede constituir una excepción al Derecho comunitario; al contrario si se considera a esta última como una remuneración.³¹

Dado que la sentencia Schöning resolvía indirectamente la pretensión del señor Kôbler, el Tribunal de justicia ofreció al *Verwaltungsgerichtshof* retirar la cuestión prejudicial. Pero, como indica Sarmiento, de forma sorprendente el tribunal austriaco considera que la sentencia Shöning no le es vinculante y concluye estimando que el complemento especial no forma parte del sistema remuneracional, sino que constituye una prima de fidelidad susceptible de justificar una excepción a la libre circulación de trabajadores del artículo 39 del Tratado. Ante la imposibilidad de recurrir la sentencia del *Verwaltungsgerichtshof*, el señor Kôbler acude a la vía indemnizatoria, a fin de que se la resarciera de los daños causados.³²

En cuanto a los aspectos jurídicos de la cuestión, reiterando su propia jurisprudencia el Tribunal afirma que el sistema de responsabilidad es inherente al régimen de los Tratados, que éste procede con independencia del órgano estatal que cometa la infracción y que, en caso del órgano jurisdiccional, dicha responsabilidad puede emanar si la violación del Derecho comunitario se produce por una sentencia de última instancia (considerandos 31, 32 y 36). Además, el Tribunal estima que no se vulnera ni la cosa juzgada, ni la independencia, ni la autoridad del juez nacional a la coger una acción de responsabilidad.

En cuanto a la cosa juzgada, el Tribunal estima que ésta no puede atacarse dado que un procedimiento destinado a obtener la reparación del perjuicio no tiene el mismo objeto, ni las mismas partes, ni busca anular el efecto de cosa juzgada, ni afectar a quien se beneficie de él (considerandos 39 y 49). En lo que respecta a la independencia del juez nacional, indica que el procedimiento de responsabilidad se dirige contra el Estado y no contra el juez y que la posibilidad de configurar responsabilidad por la decisión de un órgano judicial que resuelve en única instancia lejos de cuestionar la autoridad del juez, es la confirmación de la calidad de un ordenamiento jurídico (considerandos 42 y 43). Finalmente, el Tribunal estima que no puede desconocerse el derecho a la reparación por las dificultades para determinar el órgano competente para conocer dichas acciones, correspondiendo a los Estados garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva en el ejercicio de tales acciones (considerandos 46, 47 y 50).³³

En lo que respecta a los requisitos de la responsabilidad, el Tribunal reitera la jurisprudencia antes asentada. Como hemos examinado, para que proceda la responsabilidad es necesario que concurren tres requisitos: a) violación de una norma comunitaria que establezca derechos a favor de los particulares; b) violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario; y, c) nexo de causalidad entre dicha violación y el daño. Sin embargo, en el caso de responsabilidad del Estado por actuación de un órgano jurisdiccional, el Tribunal exigirá un plus, teniendo en cuenta la especificidad de la función judicial y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, de manera que la responsabilidad del Estado sólo puede exigirse si el juez ha infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable, es decir, virtualmente una prevaricación, agregando el Tribunal los criterios que deben ser tenidos en cuenta para apreciar la violación, repitiendo los enunciados en el asunto *Brasserie du Pêcheur*. Agrega el Tribunal la muy importante cuestión de que la violación está suficientemente caracterizada si infringe una jurisprudencia comunitaria (considerandos 52 a 57).³⁴

Lo curioso es que a partir de los considerandos 102, a pesar de declarar que son los jueces nacionales los que deben determinar la responsabilidad, el Tribunal entra a analizar el caso concreto,

determinando la concurrencia de los requisitos, llegando a la conclusión que en la especie el *Verwaltungsgerichtshof* no había incurrido en responsabilidad, a pesar que la sentencia cuestionada fue claramente contraria a la jurisprudencia comunitaria. Como indica Sarmiento, esta cuestión puede tener su explicación en que el Tribunal ha buscado un equilibrio entre un cauce coactivo hacia los jueces nacionales y unos criterios muy estrictos para poder hacer uso del mismo. Agrega: *“Por un lado se abren las puertas a la cooperación por coacción, entre otras cosas porque no podía negarse la vía indemnizatoria por la actuación de los Tribunales, máxime cuando ya se había reconocido para la actuación del legislador nacional. Pero por otro, con objeto de compensar una decisión que tensa las relaciones con las instancias jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Justicia dificulta seriamente las posibilidades de exigir responsabilidad a sus homólogos”*.³⁵

3. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

En el apartado anterior hemos efectuado un extenso análisis de las principales sentencias que ha dictado el TJCE sobre responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario, repasando los hechos y los planteamientos jurídicos del Tribunal. En este apartado pretendemos hacer un estudio de los requisitos fijados por el Tribunal para que nazca la responsabilidad y hacer un juicio crítico sobre ellos. Como sabemos, el Tribunal se ha uniformado en el sentido de exigir tres requisitos para que proceda la responsabilidad del Estado miembro: a) la violación de la norma comunitaria que establezca derechos a favor de los particulares; b) que dicha violación sea suficientemente caracterizada; c) un nexo de causalidad entre la violación normativa y el daño causado a los particulares.

Como cuestión general, nos ha llamado bastante la atención que el Tribunal no haya individualizado el daño como un elemento autónomo de la responsabilidad, ni que se haya referido a aspectos esenciales del mismo, cuestión a la que nos referiremos en el último numeral de esta apartado, cuando estudiemos el requisi-

to de que la norma contemple derechos a favor de los particulares.³⁶ En consecuencia, en primer lugar estudiaremos qué ha querido significar el Tribunal al exigir una violación suficientemente caracterizada, para luego examinar el vínculo causal.

3.1. Violación suficientemente caracterizada: régimen objetivo o por culpa

Como indica Santiago Martínez, este requisito es con mucho el más problemático, aunque, como el propio autor reconoce, al equiparar el régimen de responsabilidad de los Estados miembros con el de los órganos comunitarios, hay una amplia jurisprudencia a la que el Tribunal debe atenerse para llenar de contenido el requisito.³⁷ En este numeral no repetiremos los criterios formulados por las sentencias que establecen el régimen de responsabilidad, sino determinar si dicho requisito puede o no corresponderse con lo que las legislaciones internas entienden como culpa y que clase de culpa sería esa.

Hemos encontrado opiniones con arreglo a las cuales para configurar la responsabilidad del Estado en este ámbito no es necesaria la culpa. Francisco García Gómez piensa que a partir del asunto *Brasserie du Pêcheur/Factortame* se establece un sistema de responsabilidad objetiva, con independencia de que tal sistema interno.³⁸ En igual sentido, Ricardo Alonso estima que el régimen establecido desde el asunto *Francovich/Bonifaci*, el TJCE sentó las bases de un régimen claramente objetivo, presidido por la mera infracción lesiva de los derechos de los particulares mediando nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio.³⁹

Otros autores, en cambio, opinando especialmente sobre el régimen de responsabilidad de los órganos comunitarios, cuyos requisitos han sido uniformados con el de los Estados miembros, consideran que se trata de una responsabilidad por culpa. Así, por ejemplo, Marta Ortega, analizando los requisitos, sostiene que el primero de éstos es la existencia de un acto ilícito y opone a ésta una responsabilidad objetiva, entendida como una responsabilidad por daños resultantes de actos o de comportamientos legales y no atacables, estimando que hay responsabilidad por falta cuando se

exige ilicitud del acto, aunque habrían algunos atisbos de establecer responsabilidad objetiva en algunos fallos del TJCE.⁴⁰ En un sentido similar José Palacio indica: *“La doctrina jurisprudencial es constante al exigir la concurrencia de un elemento de ilegalidad en la conducta dañosa. En este sentido, la generación de un deber de reparación presupone, cuando menos, el carácter ilegal del acto lesivo. Cabe concluir, por lo tanto, que el concepto de responsabilidad objetiva es ajeno al Derecho comunitario; a pesar de que en algún obiter dictum el TJ ha parecido querer dejar abierta la cuestión”*.⁴¹

Los autores que han tratado específicamente el problema de la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho comunitario, se encuentran totalmente de acuerdo en que se trata de una responsabilidad por culpa. Así, por ejemplo, Guichot señala: *“Se muestran a nuestro juicio varias consideraciones: a) El fundamento del sistema es la culpa, esto es, la infracción manifiesta y grave; b) La mayor gravedad de la culpa exigible (el carácter excusable o inexcusable de una infracción) se aprecia en función del margen de apreciación que se deriva de la mayor o menor claridad y precisión de la norma vulnerada; hasta el punto de que, como sabemos, si es inexistente basta la mera ilegalidad); c) Un serie de elementos sirven como criterios para discernir los límites de lo tolerable: una infracción intencional o que persiste una vez que el TJCE la ha puesto de manifiesto es inexcusable; puede justificarse, por el contrario, una ilegalidad a la que han contribuido las propias Instituciones; d) Por último, en ningún momento se establece como condición la especialidad y gravedad del perjuicio...”*^{42 43}

Por nuestra parte, en los párrafos siguientes argumentaremos que la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario es una responsabilidad por culpa y que el requisito de la violación suficientemente caracterizada tiene relación precisamente con este requisito. Además, consideramos que el TJCE no ha sido vacilante y que ha respondido directamente que se trata de una responsabilidad por culpa. Sin embargo, antes de argumentar parece conveniente aclarar qué queremos decir con culpa y con responsabilidad objetiva, pues de la lectura de los autores citados puede advertirse bastante confusión terminológica, pues

el requisito de ilegalidad del acto bien vale para alegar la responsabilidad como objetiva o como subjetiva, sin perjuicio que exista una clara coincidencia entre la antijuridicidad y la culpa en los autores que se inclinan por esta última.

La palabra culpa puede ser entendida en varios sentidos: ⁴⁴

Como sinónimo de causa. En este caso se dice que un evento se ha verificado “por culpa”, entendiendo que el comportamiento, comiso u omisivo, ha sido “causa” de un evento. En este caso, la expresión culpa se corresponde con la expresión responsabilidad.

Como sinónimo de diligencia. En este caso se habla de culpa como “omisión de diligencia”.

Como omisión del deber de diligencia o bien como diligencia posible. En el primer sentido, se dice que la culpa significa una trasgresión de un deber de comportamiento, seguidamente de un deber de diligencia; por ello se señala que la culpa es la omisión de la diligencia debida. En el segundo sentido, la culpa es la omisión de la diligencia posible o, simplemente, del comportamiento posible.

Este sentido de la expresión culpa, que es el que más nos interesa, corresponde a lo que el profesor Díez Picazo denomina concepción normativa de la culpa. Desde este punto de vista existe: “...el deber de cuidado interno y el deber de cuidado externo. El primero obliga (...) a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada como presupuesto de toda acción prudente y es lo que Engisch llamaba “deber de examen previo”. El segundo consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida...”⁴⁵ Maiorca precisa que estas concepciones corresponden a una normativa imperativística, que concibe la culpa como transgresión de un deber, estableciéndose un deber de diligencia, cuyo contenido, en definitiva, se encuentra en la regla del *alterum non laedere*. Así, tanto la culpa contractual como la aquiliana se traducirían en la trasgresión de un mandato particular. Agrega que la incerteza del contenido de este deber ha llevado a los autores a abandonar el concepto de culpa como deber de diligencia para identificarla como la “incuria”, defi-

niendo en ese caso simplemente la culpa como trasgresión de un deber.⁴⁶

Como vemos, la culpa tiene un carácter normativo. Se trata de una noción jurídica, que arranca de un supuesto natural, como ocurre con todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual. No es una pena, un castigo o un juicio puramente psicológico. Como indica Bueres: *“Visto así el asunto, el debate acerca de si la culpa es una noción psicológica pura o una noción normativa pura pierde sentido –al menos en el campo del Derecho civil en el cual no hay controversias–. Por consiguiente es razonable asumir una posición intermedia: hay que tener en cuenta que existe una realidad subjetiva, psicológica (...) y, además, que la exigibilidad de la conducta por el ordenamiento hará desembocar la cuestión en el juicio de reproche. La culpa es pues, psicológico-normativa”*. Agrega: *“Por otra parte, es inatacable que la culpa no es sólo un descuido, una incuria, una desatención (mera relación psicológica) (...) La culpa, entonces, es un factor de atribución como cualquier otro; no es la regla general en este sentido, ni es un principio residual. Por consecuencia, se nos ocurre que la culpa es un defecto de conducta que repercute de forma negativa en las valoraciones que realiza la norma y, por lo mismo, es una razón de justicia adjudicar el daño al autor”*.⁴⁷

En efecto, siguiendo la nomenclatura del profesor Diez Picazo, cuando a la culpa se le introduce como elemento el *deber* y se la concibe como la omisión del cuidado debido, se la transforma en un criterio normativo de atribución de responsabilidad civil, pues ya no se exige la simple relación psicológica entre el hecho y el resultado. El juicio de culpabilidad civil no es un reproche moral, sino un criterio jurídico para hacer responsable al autor del acto dañoso. Y, en este sentido, el deber de cuidado general que se incorpora como elemento en la culpa es un dato de la norma jurídica.

En principio, en la culpa caben los casos excluidos del concepto de dolo, es decir, aquellos en los que el autor prevé la producción del hecho ilícito como posible, pero por liviandad, precipitación o desatención cree que no se verificará, y es por eso que no

toma las previsiones necesarias para evitarlo. Es lo que se denomina la culpa consciente o con representación. Junto a ella, indica Varela, hay numerosas situaciones de la vida corriente en que el agente no llega siquiera, por imprudencia, descuido, impericia o inaptitud, a concebir la posibilidad del resultado, pudiendo y debiendo prever para evitar el perjuicio. En estos casos se habla de culpa inconsciente.⁴⁸

En suma, siguiendo al profesor Barros, la culpa en responsabilidad civil es un juicio objetivo de ilicitud, es decir, la inobservancia de exigencias típicas y objetivas de cuidado que debemos observar en el ámbito en el que nos desenvolvamos. Es un juicio sobre la conducta y no sobre un estado de ánimo.^{49 50 51}

Como vemos, cuando el sistema de responsabilidad, establecido legal o judicialmente, atiende a la conducta, objetivamente reprochable, entonces la responsabilidad es por culpa y no subjetiva, como erróneamente se señala por algunos autores. En cambio, si no se atiende a la conducta, sino a un resultado, a la materialización del riesgo que está bajo el control del responsable, entonces la responsabilidad es estricta.⁵²

Por ello no es correcto hablar de responsabilidad subjetiva para referirse a la culpa o de objetiva si sólo se exige el nexo causal o si además se exige un factor adicional a la causalidad, distinto de la culpa. Referirse a la cuestión como dicotomía entre responsabilidad subjetiva versus objetiva, siguiendo a Valdivia implica un problema de terminología inapropiada y engañosa. En efecto, como indica este autor: *“Inapropiada, primero, porque supone identificar la culpa con un estado subjetivo del autor del daño, en circunstancias que el juicio de reproche que la culpa supone no siempre recae sobre la voluntad o la psicología del agente. Bastaría simplemente analizar la tipología de las culpas en el derecho civil para convencerse de lo inadecuado de esta nomenclatura”*.⁵³ Este concepto se enlaza con la apreciación en abstracto de la culpa, para construir un modelo de conducta objetivo con el cual comparar la actuación del agente.

A nuestro juicio, la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario se funda en la culpa, pues

el Tribunal lo ha configurado sobre la base de un patrón de conducta de los órganos estatales. La responsabilidad sólo surge si al órgano se le puede imputar la desviación de cierto estándar de cuidado, objetivo, constituido por la violación suficientemente caracterizada, que analizaremos a continuación.

La violación suficientemente caracterizada no es más que una cualificación de la ilicitud, exigida como requisito general para la responsabilidad de los órganos comunitarios.⁵⁴ Como explica Palacio, la jurisprudencia reiterada del Tribunal supedita la reparación de los daños generados por los órganos comunitarios a la existencia de un acto ilícito, de manera que el deber de reparar supone, cuando menos, el carácter ilegal del acto lesivo. En cambio, cuando se trata de disposiciones de carácter general, en donde contrariamente a la ilegalidad simple requerida, el Tribunal ha exigido una ilicitud cualificada, exigiendo, a partir de la sentencia de 2 de diciembre de 1971, asunto 5/71, una violación suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho protectora de los particulares.⁵⁵ Se trata del famoso asunto *Schöppendstedt*, que fijó la regla del mismo nombre.⁵⁶

Como hemos visto, este requisito de ilicitud cualificado, consistente en una violación suficientemente caracterizada fue llevada al plano de la responsabilidad de los Estados miembros, en el caso *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, por tratarse de actos legislativos; posteriormente, sin embargo y especialmente a partir del asunto *Dillenkoffer*, se extenderá a otros supuestos normativos, como la no transposición de directivas, uniformando el régimen de responsabilidad.

La expresión “violación suficientemente caracterizada” sólo vino a ser develada por el Tribunal a propósito de la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitarios, en la sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*. Como hemos visto, en dicha ocasión el Tribunal estimó que el criterio decisivo para estimar este requisito es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro, como de una institución comunitaria, de su facultad de apreciación.⁵⁷ Para Ortega, sin embargo, el Tribunal ya se había pronunciado

sobre esta cuestión en la sentencia Campo Ebro, de 21 de febrero de 1995, asunto T-472/93. Sobre el particular, el Tribunal estimó que: “según una jurisprudencia reiterada, una violación suficientemente caracterizada implica, en un contexto normativo como el del caso de autos, caracterizado por el ejercicio de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la ejecución de la política agrícola común, que tan solo puede generarse la responsabilidad de la Comunidad si la Institución de que se trate rebasa, de un modo manifiesto y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades”.⁵⁸

También el Tribunal se ha pronunciado sobre los caracteres de manifiesto y grave que debe revestir la violación de la norma comunitaria. Como explica Fernández, en cuanto a la gravedad, hay que entender un daño especial y anormal, es decir, superior a los riesgos económicos inherentes a la actividad. El segundo aspecto de la “gravedad” se refiere a la ilicitud misma. En cuanto a la expresión “manifiesta”, en la sentencia *Bayerische HNL*, el Tribunal conectó dicho término a los límites del poder discrecional de que gozan las instituciones comunitarias.⁵⁹

En suma, este requisito importa, siguiendo a Janer, aún cuando se presenta con unos contornos poco definidos, una inobservancia grave y manifiesta de los límites impuestos en su facultad de apreciación, en el caso que los poderes públicos nacionales hayan ido más allá de los límites razonables que impone la discrecionalidad.⁶⁰ Aún cuando, como indica Guichot, hay casos en que la simple ilegalidad y la violación suficientemente caracterizada se identifican cuando el Estado no tiene margen de apreciación. En tales casos, toda infracción es inexcusable.⁶¹

Por último, dos notas importantes: primero, que la violación suficientemente caracterizada se configura de inmediato en el caso de no transposición de una directiva dentro del plazo establecido en ésta, siendo la situación en la que coinciden violación suficientemente caracterizada y simple ilegalidad. De esta manera, siguiendo a Fernández y Serrano se uniforma el régimen de responsabilidad de los Estados miembros con la sentencia *Dillenkôfer*, intentado armonizar retrospectivamente las doctrinas *Francovich/Bonifaci*

y *Brasserie du Pêcheur/Factortame*. Así, en los apartados 26 y 29 de la sentencia *Dillenkôfer* se concluye que la no transposición de la Directiva dentro del plazo fijado por ésta, era por sí misma una violación suficientemente caracterizada.⁶²

En el caso que no se efectúe la transposición de una Directiva dentro del plazo por ésta fijada, no consideramos que estemos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva. Muy por el contrario, en estos casos, el Tribunal sigue poniendo el acento en la conducta si se leen con atención las sentencias de los asuntos *Francovich/Bonifaci* y *Dillenkôfer*. En el apartado 36 de la sentencia *Francovich/Bonifaci*, examinando el principio de responsabilidad de los Estados, el Tribunal afirma que es obligación de éstos: “adoptar las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que es incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario”. Y, más precisamente, en el asunto *Dillenkôfer*, si bien es cierto el TJCE no señala circunstancias a la luz de las cuales deba apreciarse la violación suficientemente caracterizada, pues no hay margen de apreciación, en los considerandos 47 y siguientes indica las medidas necesarias para garantizar la correcta adaptación de la Directiva.

En suma, es lo que se conoce en responsabilidad civil como culpa contra la legalidad, es decir, cuando la propia ley fija directamente el estándar de conducta, de manera que la sola infracción determina la existencia de culpa. Lo mismo ocurre en el ámbito comunitario con la falta de transposición de la directiva, en donde la negligencia del Estado se contrapone al artículo 189 del Tratado, para deducir desde ahí la violación suficientemente caracterizada. En los restantes supuestos, el juez deberá construir el contenido del deber de cuidado, para lo cual el TJCE ha recomendado tomar en cuenta una serie de circunstancias. Así, en la sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, en el considerando 56, señala: “A este respecto, entre otros elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades naciona-

les o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de las medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario”.

Como hemos visto, en la sentencia *Kôbler*, pese a no acoger la demanda, el Tribunal ha admitido la posibilidad de indemnización por actuación de un órgano jurisdiccional, pero sometiéndola a requisitos aún más estrictos que para el régimen general. En efecto, en el caso de responsabilidad del Estado por actuación de un órgano jurisdiccional, el Tribunal exige que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable. Para apreciar este nuevo deber de diligencia y su vulneración, el juez debe apreciar los mismos elementos que en el asunto *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (considerandos 52 a 57).⁶³ En la práctica la exigencia del Tribunal raya en la culpa grave o en el dolo, en un desconocimiento inexcusable –culpa– o vulneración intencionada –dolo–.

Como conclusión, según hemos analizado detenidamente, no cabe duda que el régimen de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario se funda en la culpa del infractor, configurada sobre la base de la violación suficientemente caracterizada como la falta de deber de cuidado, establecido en el artículo 10, que consagra el deber de cooperación de los Estados, desde donde el Tribunal deduce el deber particular de evitar las consecuencias lesivas de los particulares. Ahora bien, dicho deber, cuando no existe margen de apreciación para el Estado, como en el caso de no transposición de una directiva, se configura por la simple vulneración, pues se encuentra fijado por el Tratado. En otras ocasiones, es el TJCE el que ha configurado el contenido del deber de cuidado, cuando ha declarado precisamente el incumplimiento del Estado en el procedimiento por incumplimiento o bien cuando el Estado desconoce una jurisprudencia asentada. En otras oportunidades, el contenido del deber de cuidado debe ser fijado por el juez nacional, sobre la base de los elemen-

tos indicados por el TJCE (considerandos 56, 57, en relación con el 78 de la sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*).

Finalmente, digamos que es el propio Tribunal quien ha identificado el régimen de la culpa con el de responsabilidad de los Estados, cuando se le ha planteado directamente la cuestión, como en el asunto C/46-93, *Brasserie du Pêcheur*, el Tribunal ha declarado, en el considerando 78: “*De este modo, para apreciar si una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada o no, son pertinentes determinados elementos objetivos y subjetivos que, en el marco de un sistema jurídico nacional, pueden estar vinculados a la noción de culpa*”. Lo que el Tribunal no admite es que la configuración de la culpa vaya más allá del requisito de la violación suficientemente caracterizada, lo que en cualquier régimen por culpa interno es imposible, porque si bien es cierto es conocida la frase de que en materia extracontractual se responde por cualquier clase de culpa, lo cierto es que la construcción del deber de cuidado en los sistemas internos es sobre la base del hombre medio u hombre razonable, de manera que la culpa por la que se responde es la leve. A este respecto, Díez Picazo afirma: “*En términos generales, puede existir acuerdo en orden a que, en materia civil extracontractual, culpa significa la desviación respecto de un modelo de conducta o de un estándar*”.⁶⁴

3.2. El nexo de causalidad

A nuestro juicio es el elemento más complejo para establecer la responsabilidad de los Estados por incumplimiento, debido a la falta de luz del Tribunal y la poca atención que la doctrina, en general siempre le ha prestado a este requisito, no siendo esta la excepción. Al respecto, tanto en el régimen de las instituciones comunitarias, como en el de los Estados miembros, el Tribunal se ha limitado a exigir una causa directa e inmediata con el perjuicio.⁶⁵ Como indica Guichot, merced al principio de equivalencia, ha de estarse al concepto de causalidad que escoja cada ordenamiento interno, si resulta más favorable.⁶⁶

En primer lugar consideramos lamentable la falta de precisión del TJCE sobre una materia tan sensible, pues no existe forma

de determinar si el régimen interno es más o menos favorable si el Tribunal no fija una postura en relación con la causalidad. Que se exija una causa directa e inmediata no resuelve el problema. Todos los sistemas de responsabilidad extracontractual rechazan la indemnización de los daños indirectos, con lo que es consustancial al régimen de responsabilidad la causa directa.⁶⁷

Pero, ¿qué significa que un daño sea necesario y directo? Estas exigencias, planteadas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ponen de relieve, como afirma el profesor Barros, los dos aspectos de la causalidad. Los autores están de acuerdo en que hoy en día el nexo causal dice relación con dos cuestiones distintas. Por un lado la causalidad es fundamento de la responsabilidad civil, porque sólo se responde de los daños causados como consecuencia de la conducta del demandado; pero también el nexo causal opera como límite de responsabilidad porque permite responder a la pregunta de hasta dónde se responde, en virtud de un juicio normativo. A la primera cuestión se le denomina propiamente causalidad. A la segunda imputación normativa u objetiva.⁶⁸ Al respecto, el profesor Pantaleón señala: *“Es equivocado buscar un concepto específico de “causalidad jurídica”. El Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza (...) Los operadores jurídicos no son “productores”, sino “consumidores” de las leyes causales...”*. Agrega: *“Una vez queda establecido que la conducta del demandado ha sido de hecho una de las causas del perjuicio sufrido por el demandante, resta la cuestión de si el demandado debe o no responder legalmente de todo aquellos que ha causado. A diferencia del hecho de la causación, con el que desgraciadamente a menudo se confunde, éste es un problema esencialmente jurídico”*.⁶⁹

En el aspecto normativo, sea que se trate de la teoría de la causalidad adecuada o la teoría de la imputación objetiva –que comprende un test de previsibilidad, sea ésta la formulada por Roxin o las adaptaciones que han hecho los profesores Diez Picazo y Pantaleón en España, se termina convirtiendo la causalidad en un factor de imputación de consecuencias dañosas que no puede distinguirse de la culpa, de no mediar exquisitas explicaciones, que no pueden llevarse, a nuestro juicio, al plano real. De esta manera,

debe concluirse con Roxin en que la causa adecuada o cualquier criterio de la previsibilidad no constituyen teorías de causalidad, sino de imputación jurídica.⁷⁰ Es por eso que lleva razón el profesor Salvador Coderch cuando advierte que la causalidad adecuada y la culpa constituyen un solo factor de atribución: *“Obsérvese el tránsito, sin solución alguna de continuidad, de la causalidad adecuada a la culpabilidad, entendida como infracción de un deber de precaución (...) Cabe dar un paso más. Ya hemos visto cómo ningún sistema jurídico imputa responsabilidad a un agente social por simple causación de daños: la mayor parte de ellos introduce restricciones importantes (...) Pero en ni en uno ni en otro sistemas jurídicos se ha prestado demasiada atención al hecho de que ambas doctrinas son comunes a negligencia (negligente) y a responsabilidad objetiva (Strict liability) y que, por lo tanto, esta última ya no puede definirse como una pura responsabilidad causal”*.⁷¹ En un trabajo posterior, realizado con Nuno Garoupa y Calos Gómez Ligüerre, se sostiene: *“En las definiciones transcritas, el deber de cuidado y la causalidad se distinguen como si pertenecieran a dos mundos diferentes. En este trabajo se pretende demostrar que las cosas no son así y que, como demuestra la práctica, la exigencia de una relación de causal duplica muchos –sino todos– los elementos propios del deber de cuidado (...) Por este motivo, precisamente, la doctrina clásica ha concebido la causalidad como límite a la responsabilidad, equivalente al que impone la existencia de un deber de cuidado. Como ambos constructor doctrinales cumplen el objetivo de identificar al responsable del daño, ambos se solapan y suponen tareas –al menos en parte– superfluas”*.⁷²

Y, por esta vía bien luego termina concluyéndose que entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva no existe diferencias, lo que Salvador Coderch trata en su artículo con el sugerente título de: *“Asalto a las ciudadelas de responsabilidad objetiva”*, en el que expone que no puede distinguirse, con arreglo a los criterios de la previsibilidad en la causalidad, entre responsabilidad objetiva y subjetiva.⁷³ En tanto, el mismo Salvador Coderch junto a Gómez y Garoupa, han señalado que el formalismo legal asumió la causalidad como imagen de la causalidad científica, pero que hoy por hoy se admite que la causalidad admite unas cuestiones de hecho y cuestiones legales y que en este sentido la previsibilidad es el crite-

rio tradicional para delimitar la causalidad, pero advierten que no puede utilizarse el criterio de la previsibilidad aisladamente, sino en combinación con los restantes criterios de la imputación objetiva: *“Estos criterios de imputación objetiva se aplican tanto a casos que se resulten conforme a un criterio de responsabilidad por negligencia como a aquéllos que se juzgan bajo un estándar de responsabilidad objetiva. En ambos, la imputación objetiva limita el juicio causal y suma la responsabilidad (jurídica) a la información que procede del análisis causal”*.⁷⁴

Es por ello que, a nuestro juicio, los aspectos normativos de la causalidad deben ser establecidos por el Tribunal, pues de otro modo no puede alcanzarse el régimen de mínimos en la tutela de los particulares. Desde que la causalidad ha dejado de ser la mera cuestión fáctica, uniforme, para introducirse en ella criterios normativos para la limitación de los daños indemnizables, se requiere una doctrina jurisprudencial clara que avance en ese sentido. Acá hemos mencionado tan sólo uno de los posibles problemas, a saber, si debe introducirse o no, dentro de dichos factores normativos la previsibilidad y, en tal caso, como se separará de la culpa –dado que estamos en un régimen cupabilístico–, pero existen otros problemas igual de complejos y también soslayados: como configurar la causalidad en las omisiones, el problema de las causalidades hipotéticas, entre otros.

3.3. Infracción de una norma que confiera derechos a los particulares: ¿tipificación estricta de los daños indemnizables?

Hemos dejado para el final esta cuestión, pues a nuestro juicio se trata de un requisito directamente emparentado con el daño indemnizable. La antijuridicidad tiene una innegable conexión con el perjuicio, desde aquellas tesis que lo ubican en el daño, pasando por quienes niegan la antijuridicidad, se preocupan de determinar que relación hay entre el injusto y la tipificación de los perjuicios.⁷⁵ La misma doctrina comunitaria ya ha advertido como el tribunal pone de relieve esta relación, al exigir como nota de la ilegalidad un perjuicio grave y manifiesto. De hecho, a propósito del régimen especial de responsabilidad de las instituciones comunitarias duran-

te algún tiempo el Tribunal, como pone de manifiesto Guichot, exigía como comprensivo en la violación suficientemente caracterizada un perjuicio singular y grave. Al respecto, señala: *“Este enfoque es ambiguo y parece haber perdido peso en la reciente jurisprudencia. En el caso de la singularidad se mezclan cuestiones cuantitativas (número de afectados) y cualitativas (afectación a un colectivo singularizado dentro de otro más amplio). En este último caso, no obstante, el requisito está implícito en la propia esencia de principios como el de confianza legítima o no discriminación. Respecto a la gravedad, asimismo, se adopta una perspectiva cuantitativa (el montante del perjuicio) o cualitativa (en conexión con los “riesgos económicos inherentes”)”*.⁷⁶

Aún cuando debemos reconocer, siguiendo al propio Guichot que para la responsabilidad del Estado no se ha exigido un daño anormal, grave o singular, la cita anterior pone de manifiesto la íntima relación ente el perjuicio y la ilicitud.⁷⁷ Básicamente hay dos formas de entender el daño: como lesión a un simple interés o interés merecedor de tutela. Los partidarios de esta línea descartan la existencia de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad y otorgan un carácter sustantivo a la regla de responsabilidad de los ordenamientos internos (en el caso español, el artículo 1902 del Código Civil). Sin embargo, introducen otros elementos normativos en los requisitos del daño, exigiendo la concurrencia de un daño anormal. Luego, otro sector de autores considera el daño como normativo, distinto del perjuicio entendido vulgarmente y le introducen en su definición elementos normativos. Así se piensa que el daño es la lesión a los derechos subjetivos, intereses tutelados o bienes jurídicos de los sujetos.⁷⁸

Sin duda alguna, el TJCE se encuentra en esta segunda línea. Admitida la antijuridicidad o ilicitud, sea parte de ella o no la culpa, da igual a estos efectos, el Tribunal comprendió que el perjuicio quedaría tipificado, exigiendo una norma que contemplara tales derechos. Sin embargo, como el criterio es absolutamente restrictivo, algunos autores se han preguntado si el requisito puede ser extendido también a los intereses tutelados. Janer indica que: *“El Tribunal de Justicia únicamente ha aludido a la “atribución de derechos”, pero no ha aclarado si también entran dentro del ámbito de*

*aplicación del principio de responsabilidad patrimonial los intereses que los particulares puedan derivar del ordenamiento comunitario. Se trata pues de determinar si el concepto de derecho e intereses son categorías equiparables y, por tanto, susceptibles de indemnización en caso de que se produzca una infracción del Derecho comunitario”.*⁷⁹

A nuestro juicio es un esfuerzo loable de la doctrina cuestionarse si la protección debe extenderse a los intereses tutelados por el ordenamiento comunitario, no sólo bajo la forma de derechos subjetivos, pero consideramos que el problema está mal planteado, pues ambas nociones no pueden ser colocadas como equivalentes, como intentaremos explicar brevemente. No da igual intentar una precisión terminológica. Las decisiones relativas al concepto inciden en importantes aspectos prácticos, especialmente tratándose del daño moral, como ocurre con la indemnización de personas jurídicas o aquellas que se encuentran en estado vegetativo o privadas de razón.

Como señalamos precedentemente, en las concepciones normativas pueden agruparse las concepciones que ven el daño como lesión a derechos subjetivos y otras que lo conceptualizan como menoscabo a intereses jurídicamente tutelados. En estas categorías se parte del supuesto que el daño no es un puro dato de la naturaleza y que, por el contrario, es una construcción valorada. Analicemos cada una de ellas.

En cuanto a la tesis del menoscabo de derechos subjetivos, podemos citar a Brebbia, quien se enmarca en una tesis amplia. Indica dicho profesor que el ordenamiento entiende por persona a todo ente que es centro de imputación de derechos y obligaciones, reconociendo el derecho positivo esta cualidad de ser titular de derechos y obligaciones a dos clases de entes: a los sujetos humanos individuales y a ciertos grupos humanos considerados como unidades independientes de los individuos que los componen, en razón de poseer una organización que les permite expresar una unidad propia. Agrega que el conjunto de facultades y deberes que tienen estos sujetos toma el nombre de personalidad.⁸⁰ Enseguida, el profesor Brebbia indica que el conjunto de los derechos extrapatri-

moniales, que no admiten apreciación pecuniaria, forman la personalidad o el patrimonio moral de los sujetos, que se distingue del patrimonio económico. Luego define el daño moral tomando como base la lesión de los derechos *inherentes de la personalidad* y así expresa que daño extramatrimonial: “*es aquella especie de agravio constituido por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad*”.

El distinguido profesor distingue en el patrimonio moral, es decir, el conjunto de bienes extrapatrimoniales que conforman la personalidad del sujeto, entre el aspecto subjetivo -que comprende las afecciones legítimas, es decir, aquellas que nacen de su emplazamiento de su familia; la seguridad personal e integridad física de las personas, comprensivo tanto del derecho a la vida, como aquellos bienes que se deriven en la cadena, el derecho a la intimidad- y el aspecto objetivo de la personalidad moral, referido al honor, al nombre y a la honestidad, al estado civil, entre otros.⁸¹

De acuerdo con esta posición para determinar la existencia del perjuicio debe tomarse en consideración el carácter patrimonial o extrapatrimonial del interés lesionado, es decir, usando palabras de Zannoni, cuando: “*La lesión afecte a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico*”. Bueres estima que daño es: “*el menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial*”.⁸²

Como comentario final, podemos señalar que no da lo mismo el concepto de daño moral que se acepte. Además que la adopción de uno u otro criterio sirve para resolver los problemas concretos a los que nos hemos referido, es evidente que acoger una tesis vulgar o jurídica, según sea el caso, inciden en los problemas de prueba y valoración. No es el momento para detenernos con detalle en la cuestión, pero consideramos que el daño, como los restantes elementos de la responsabilidad, tiene un carácter normativo. No es una pura cuestión fáctica o de hecho, ni debe quedar exclusivamente entregada a la apreciación discrecional de los jue-

ces de fondo. Por tanto, estimamos que el daño constituye el menoscabo a un interés jurídicamente tutelado y no a un simple interés. Tales doctrinas, terminan valorando el perjuicio y, por tanto, restringiendo su ámbito por la vía de los requisitos o bien al enfrentarse a determinadas hipótesis problemáticas.

Así, los partidarios de la tesis del simple interés, exigen que el daño sea la lesión a una situación lícita y que éste sea anormal, partiendo del supuesto que existe un margen de daño tolerable o “normal” que debe soportarse en sociedad.⁸³ Se trata, sin duda, de criterios normativos que deben introducirse para precisar el alcance la figura. Mucho más técnico nos parece a nosotros señalar que el daño es la lesión a intereses jurídicamente tutelados. En este caso, es evidente que el perjudicado estará en una situación lícita. En cuanto a la normalidad o anormalidad del daño, sólo cabe destacar acá que se trata de un criterio extraordinariamente ambiguo y vago, que deja muchísimo a la arbitrariedad.

En cuanto a los derechos subjetivos, se trata de una noción que permite resolver problemas prácticos similares, si consideramos el daño como lesión a los intereses tutelados.⁸⁴ De ahí que pueda derivarse cierta confusión o la propensión a equipararlos completamente. Pero las semejanzas terminan ahí. Además de ser evidente que la noción de los derechos subjetivos es muchísimo más restrictiva y la del interés más amplia, responden a planos distintos. Para explicarlo, permítasenos recurrir a un ejemplo vulgar. Si “A” es dueño de una mascota y alguien le da muerte, no cabe duda que éste podrá reclamarle indemnización a quien ha causado el daño. Si consideramos éste como la lesión a derechos subjetivos, el afectado sólo podrá demandar daño patrimonial, porque sobre la mascota sólo tiene este tipo de derechos. En cambio, si el perjuicio es el menoscabo a los intereses tutelados, no cabe duda de que el afectado por la muerte de la mascota tiene en relación con ésta legítimos intereses tanto patrimoniales como extramatrimoniales y ambos deben ser resarcidos. Este burdo ejemplo bien puede aplicarse a cualquier bien, de carácter material o no, al cual se asocien intereses. Por este aspecto también la noción de interés no sólo es más amplia, sino también distinta a la de derecho subjetivo. Lo que ocurre es que a veces el interés está protegido bajo la forma de un derecho subjetivo.

Si aplicamos estos criterios a la responsabilidad de los Estados, especialmente al cumplimiento del requisito en análisis, nos damos cuenta que el TJCE deberá, en la medida que aumenten las acciones de responsabilidad, abrir el concepto restrictivo del daño y fijar postura en relación con su concepto, pero siempre en relación con el contexto de antijuridicidad establecido como requisito, que de va indisolublemente unido a la tipificación de los perjuicios.

4. CONCLUSIONES

El análisis que hemos efectuado de esta cuestión nos permite efectuar algunas conclusiones de interés. En primer lugar, no consideramos que merezca destacarse la circunstancia de que el régimen de responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario sea de construcción jurisprudencial, pues hemos insinuado en pasajes de esta obra que cualquier régimen de responsabilidad, en sus contenidos más importantes, han sido fruto de la construcción de los tribunales internos. El régimen de responsabilidad que hemos analizado no escapa a la regulación de los regímenes de responsabilidad de los derechos internos. Normas extraordinariamente escasas o inexistentes que obligan a los tribunales a efectuar una construcción, más o menos compleja, más o menos acabada.

Cuando opera esta construcción puede verse con mayor claridad las etapas del sistema, los vacíos que éste presenta, que aún se encuentran pendientes en ella. Además, volvemos al planteamiento inicial de nuestro artículo, cuando ocupamos palabras de Ossebûl, en el sentido que la construcción jurisprudencial del TJCE recoge elementos de distintos sistemas internos y, al intentar elaborar un régimen de mínimos, adopta elementos homogéneos o bien simplemente silencia muchos, que a juicio nuestro son indispensables para lograr la uniformidad.

Las sentencias analizadas, las opiniones de los autores pueden dejar una conclusión: la construcción sigue desarrollándose. Considerando que esta no tiene más de 10 años, el TJCE se ha preocupado en enunciar los tres clásicos requisitos y de explicitar, por

sobre todo, el contenido de la violación suficientemente caracterizada, lo que nos parece lógico, pues dada las especiales características del sistema comunitario y de la posición de los Estados, el sistema debe tener un carácter restrictivo, pero además se aspira a que el sistema guarde cierto margen de uniformidad y aquí encontramos algunas paradojas. Por un lado, el Tribunal ha resuelto que el régimen de los Estados no puede ser más estricto que el establecido por el propio Tribunal. Este criterio es muy oportuno cuando se trata de la responsabilidad del legislador, que suele ser absolutamente restrictiva en el ámbito interno, pero que, para otros supuestos ocurrirá que el régimen comunitario será mucho más estricto que el interno, especialmente tratándose de la violación suficientemente caracterizada, que no es más que una culpa grave, prácticamente cercana al dolo, mientras que los ordenamientos internos suelen exigir un margen de diligencia ordinaria, media o fijar un régimen de responsabilidad objetiva para el Estado.

La segunda paradoja se encuentra a propósito de los restantes elementos exigidos para configurar la responsabilidad, pues en estos casos el TJCE nada ha dicho o si ha dicho ha sido muy poco ha regulado cuestiones perfectamente resueltas en los ordenamientos internos, pero una verdadera unificación del régimen reclama una mayor precisión por parte del Tribunal. Ya hemos visto que tratándose del daño queda por resolver la esencial cuestión de su concepto. Aún cuando el Tribunal inconscientemente se ha inclinado por un concepto normativo, al exigir antijuridicidad de la conducta sería bueno que precisara si la tipificación de los perjuicios se extiende hasta los derechos subjetivos o, por el contrario, cubrirá cualquier interés tutelado. Una cuestión similar ocurre con la relación de causalidad, pues dicho requisito ha dejado de estructurarse como una simple cuestión de hecho, para incorporar importantes aspectos normativos, que pueden diferenciar la solución del caso. Si el sistema aspira a una verdadera uniformidad el TJCE debe entregar mayores criterios jurídicos sobre dicho elemento.

NOTAS

¹ OSSENBÜL, Fritz. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal Alemana*. A.A.V.V. *Propiedad, expropiación y responsabilidad*. Coordinación Javier Barnes. Editorial Tecnos. 1ª Edición. Madrid. 1995, p 932

² Una breve relación de estos tratados sería la siguiente: el proceso de unificación europea tiene como raíz histórica la declaración Schuman, cuyo fruto fue la firma en París, el 18 de abril de 1951 del Tratado que creó la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), inicialmente por 6 Estados: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. En marzo de 1957 se firman en Roma los tratados que dan vida a las Comunidades Económicas Europeas (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA). Estos dos tratados entraron en vigor el 1 de enero de 1958. Estos son los tratados constitutivos. En cuanto a los modificativos, son sumariamente los siguientes: a) Tratado de la fusión de los Ejecutivos, de 8 de abril de 1965, por el que unificaron las Comisiones de las 3 Comunidades, así como la Alta Autoridad y el Consejo, que va a sustituir al Consejo de Ministros de la CECA; b) Tratado y Actas de Adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (22 de enero de 1972); c) Decisión y Acta anexa de 20 de septiembre de 1976, relativa a la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal; d) Tratado y Acta de Adhesión de Grecia (28 de mayo de 1979 y 1 de enero de 1981); e) Tratado y Actas de Adhesión de España y Portugal (12 de junio de 1985; 1 de enero de 1986); f) Acta de la Unión Europea o AUE (1 de julio de 1987); g) El Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, de 1 de noviembre de 1993, que estableció la forma jurídica básica de la Unión europea hasta nuestros días, en tanto no entre en vigencia la Constitución europea; h) Tratado y Actas de Adhesión de Austria, Finlandia y Suecia (29 de agosto de 1994 y 1 de enero de 1995); i) Tratado de Ámsterdam de 1 de mayo de 1999, que introdujo importantes modificaciones a la Unión europea, manteniendo la estructura de los 3 pilares; j) Tratado de Niza de 1 de febrero de 2003, que fija el texto final del TUE y del TCE; k) Tratado y Actas de Adhesión de Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Lituania, Letonia, Eslovenia, Estonia, Chipre y Malta (1 de mayo de 2004); l) Tratado y Actas de adhesión de Bulgaria y Rumania (1 de enero de 2007). Para una explicación más detallada de cada una de las reformas del proceso integrador y de cooperación puede consultarse PELÁEZ MARÓN, José Manuel. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Editorial Tecnos. 1ª Edición. Madrid. 2000, pp 28 y ss. También a MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión europea*. Tecnos. 5ª Edición. Madrid. 2005. Para un detallado análisis de la génesis de la Unión europea, MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad europea*. Difusa. 4ª Edición. Madrid. 2002, pp 43 y ss

³ PÉLAEZ, cit., p 28. Sobre las diferencias entre simple cooperación e integración, PALACIO GONZÁLEZ, José. *La especificidad del Derecho comunitario frente al Derecho internacional general: sus técnicas de protección de la situación jurídica de los particulares (introducción a modo de prólogo)* en A.A.V.V. *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismo de tutela judicial efectiva*. Consejo del Poder judicial. Gobierno Vasco. 1ª Edición. Vitoria-Gasteiz. 1995, pp 17, 18 y 19; MOLINA, cit, pp 178 y ss, quien explica además que la naturaleza jurídica de la Comunidad no es clara y es un aspecto vivamente debatido en la doctrina y que en breve síntesis se dividen entre aquellos para quienes la Comunidad europea se acerca a una organización internacional y otros que ven en ella un Estado federal. Pero, como apunta el autor, la doctrina se ha venido decantando por la segunda opción, debido a las particularidades que presenta la Comunidad en cuanto a las competencias que ejerce, tanto en relación con los Estados miembros, como respecto de los particulares de dichos Estados y debido a la primacía del Derecho comunitario sobre los derechos nacionales, aunque la originalidad de la Comunidad hace que adopte más bien una naturaleza dual, utilizando técnicas tanto de los Estados federales, como del Derecho internacional orgánico. Lo cierto es que las Comunidades europeas, estructuradas en los tratados originarios, buscaban una integración económica, que ha ido dando paso a una política. Como señala DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Civitas. 3ª Edición. Madrid. 2005, p 130, cuando se refiere al principio político de continuidad: “Pues bien, si algo explica de manera resumida la construcción comunitaria, es la idea de proceso, de continuidad. Ya hemos visto cómo de una Comunidad el Carbón y del Acero, se pasa a la idea de un mercado común sin aranceles aduaneros, y de ahí a un Mercado Único, en el que circulen libremente personas, mercancías, servicios y capitales, para llegar hoy día a la fase o etapa de la Unión Monetaria en que nos encontramos, siendo, por el momento, una incógnita cual pueda ser la fase posterior”.

⁴ El Tratado de Ámsterdam, de 1 de mayo de 1999, mantuvo la estructura de los 3 pilares, pero introdujo importantes modificaciones, tanto en el ámbito comunitario, ampliando y revisando las competencias de algunos de sus órganos, como en los pilares de cooperación, siendo la más significativa la reducción del tercer pilar, pues la CJAI fue sustituida por una cooperación judicial y policial en materia penal, pues los restantes asuntos de la CJAI, referidos a visados, asilo e inmigración de personas se incorporaron al proceso de integración, siendo reformado el Título V del Tratado de la Comunidad Europea. Finalmente, el Tratado de Niza, de 1 de enero de 2003, fijó la composición actual, introdujo importantes reformas, pero no modificó la estructura de los tres pilares que antes hemos detallado brevemente. Para una explicación detallada de la evolución de la Unión europea, hasta el régimen estruc-

turado en el Tratado que establece una Constitución para Europa puede consultarse a Díez MORENO, cit, pp 37 a 98

⁵ Resulta excesivo para las pretensiones de este trabajo referirse pormenorizadamente a dichas instituciones y normas. Sin perjuicio de las referencias que se hagan más adelante, la Comunidad Europea cuenta con los siguientes instituciones, reguladas en la Quinta parte del Tratado de la Comunidad, bajo el epígrafe “Instituciones de la Comunidad”: a) El Parlamento europeo, regulado en la sección primera del capítulo I, artículos 189 y siguientes, representa a la voluntad de los ciudadanos de la Unión y progresivamente se ha transformado en un colegislador junto con el Consejo. Está compuesto por miembros variables, de acuerdo con el peso político y demográfico de cada Estado miembro; b) El Consejo, regulado en la sección segunda del Capítulo I, artículos 202 y siguientes, que se presenta como un órgano decisorio y de coordinación. De acuerdo con el artículo 203, el Consejo está compuesto por un representante de cada Estado miembro con rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembros; c) La Comisión, regulada en la sección tercera del Capítulo I, artículos 211 y siguientes. Este órgano fue dotado de la independencia más absoluta en relación con los Estados miembros y su misión fundamental es cumplir los objetivos de los Tratados; del mismo modo, participa en el proceso de decisión de la Comunidad al radicarse casi con exclusividad la iniciativa para promover decisiones, aunque cuenta en ciertos grados con atribuciones de decisión; d) El Tribunal de Justicia, regulado en la sección cuarta del capítulo I, artículos 220 y siguientes del Tratado. Su función es garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado de la Comunidad europea. Está compuesto por un juez por cada Estado miembro, debiendo cumplir las condiciones de idoneidad e imparcialidad que el cargo requiere. Existe un tribunal de primera instancia o TPI, que tiene competencia para conocer de algunas materias y el Tribunal de Justicia de la Comunidad que conoce exclusivamente algunos recursos y las apelaciones deducidas en contra de los fallos del TPI. Para un estudio pormenorizado de estas instituciones, MOLINA, cit, pp 241 y ss; Díez, cit, pp 145 y ss. Un estudio más breve en MENGIOZZI, Paolo. *Derecho comunitario y de la Unión europea*. Traducción Javier Fernández Pons. Tecnos. 1ª Edición. Madrid. 2000, pp 71 y ss

⁶ En cuanto al derecho derivado, suele distinguirse entre las normas típicas o reguladas, que tienen especial importancia para fijar el contexto normativo de este artículo y los actos atípicos o “soft law”. Los actos típicos se encuentran regulados principalmente en Capítulo 2 de la sección quinta del Tratado de la Comunidad Europea. El artículo 249, al respecto, dispone: “Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y for-

mularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes". En cuanto a los actos atípicos, que han ido surgiendo con la practica institucional, pueden mencionarse los de carácter interno, como los reglamentos internos de las distintas instituciones y órganos (que en muchos casos tienen base normativa, como en los artículos 199, 207 y 218 del Tratado de la CE); actos políticos, como las deliberaciones, las resoluciones del Consejo y las comunicaciones de la Comisión.

⁷ MOLINA, cit, p 506

⁸ MINGOZZI, cit., pp 292 y 293. Como explican FERNÁNDEZ GARCÍA, Lionel y SERRANO SORDO, Teresa. *Responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario*. Noticias de la Unión Europea. N° 156. 1998, p 93, una vez elaborado por el Tribunal de Justicia un principio general del Derecho comunitario, tal principio forma parte indisoluble de ese ordenamiento, debiendo ser respetado no sólo por las autoridades de las instituciones comunitarias, sino también por las autoridades de los Estados miembros encargadas de ejecutar el Derecho comunitario. Así se resolvió en la sentencia de 27 de septiembre de 1979, asunto C-230/1978

⁹ MOLINA, cit., pp 473 a 478, quien distingue básicamente tres clases de Reglamentos: a) los Reglamentos autosuficientes o autónomos, adoptados casi siempre por el Consejo; b) Los Reglamentos de base o marco, adoptados por el Consejo, quedando la Comisión facultada para utilizar la posibilidad de dictar Reglamentos de aplicación o ejecución; c) Reglamentos que, en virtud del Tratado, son de competencia exclusiva de la Comisión.

¹⁰ Así resolvió el TJCE en el asunto 102/79, Comisión con Bélgica. En dicho caso, Bélgica había incumplido con su obligación de incorporar diversas Directivas del Consejo (números 70/221, 70/287, 74/60 y 74/386, relativas al acercamiento de las legislaciones nacionales sobre vehículos de motor y las Directivas del Consejo 74/150, 74/151, 74/152, 74/346, 74/347, 75/321, 75/322 y 75/323, relativas al acercamiento de las legislaciones nacionales en el tratamiento agrícola y forestal). El gobierno Belga sostuvo que dichas Directivas habían sido cumplidas en Bélgica mediante un conjunto de disposiciones administrativas, que satisfacían las prescripciones de las Directivas, afirmándose precisamente en el poder discrecional que éstas entregaban a los Estados para su incorporación. El Tribunal estimó que dicha incorporación no podía entenderse cumplida mediante la adopción a priori de meras

disposiciones administrativas (considerando décimo), agregando que las disposiciones administrativas no pueden cumplir con las características adecuadas de incorporación, al no cumplir con condiciones mínimas de publicidad y fijeza, debiendo ser incorporadas mediante adecuadas providencias adoptadas por el Estado miembro (considerandos 12 y 13). Por último, refiriéndose al asunto 100/72, reitera que las dificultades internas no pueden ser obstáculos para la incorporación de las Directivas (considerando 15). La sentencia fue consultada en la página <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0102:IT:HTML#12>. Posteriormente, en el Asunto 248/83, Comisión con República Federal Alemana, en la sentencia de 21 de mayo de 1985 el Tribunal reiteró el criterio definitivamente.

¹¹ Este principio fue establecido en el asunto Costa con Enel, 6/64, sentencia de 15 de julio de 1964. El señor Costa se negaba a pagar las cuentas de la luz a Enel, sosteniendo que la nacionalización de la industria eléctrica, efectuada el año 1962 por el Estado italiano, vulneraba varias disposiciones del Tratado CEE, entre ellos los artículos 37, 53, 93 y 102. El TJCE sostiene que los Tratados han creado una organización internacional dotada de personalidad jurídica propia, en los que ha operado una transferencia de atribuciones de los Estados y que si los Estados pudiesen modificar posteriormente las obligaciones contraídas con su legislación interna, ya no se trataría de una transferencia incondicional, sino solamente eventual. Habiendo constatado la violación de algunas disposiciones alegadas por el particular, declarando que no puede prevalecer el acto unilateral posterior emanado del Estado y que por el contrario es el Derecho comunitario el que tiene primacía. El principio se ha ido reafirmando posteriormente, en la medida que se han ido presentando distintos conflictos entre la ley interna y el Derecho comunitario.

¹² PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz. *Las técnicas de articulación del Derecho comunitario con los derechos nacionales (efecto directo, primacía, interpretación uniforme e interpretación conforme)* en A.A.V.V. *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva*. Consejo del Poder Judicial. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1995, p 98. Como explica MOLINA, cit., p 526, los Tratados no mencionan el efecto directo entre las características de las normas comunitarias, habiendo sido el TJCE el encargado de definir paulatinamente este principio a partir de la famosa sentencia Van Gend & Loss, sentencia de 5 de febrero de 1963

¹³ Como decíamos, el principio en cuestión fue consagrado en el asunto Van Gend & Loss, 26/62, sentencia de 5 de febrero de 1963. Van Gend & Loss era una empresa alemana dedicada a la importación de Alemania a Holanda de un producto químico. La Administración de Hacienda holandesa decide reclasificar dicho producto, de forma que debió soportar un

arancel aduanero mayor que el que venía soportando antes de la entrada en vigencia del Tratado de CEE. Al ver aumentado los derechos, la empresa entendió que existía una violación del artículo 12 del Tratado de la CEE (cláusula standstill) y decide impugnar la decisión de la Administración. El Tribunal holandés plantea al TJCE si los justiciables pueden hacer valer, en base a una norma del Tratado, derechos individuales que el juez debe salvaguardar. El Tribunal sostiene que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos y cuyos sujetos no son solamente los Estados, sino también los particulares y así como crean obligaciones, está también destinado a engendrar derechos. Agrega que tales derechos no sólo nacen cuando el Tratado hace una atribución explícita, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida. Así, cada vez que se establezca una prohibición clara e incondicional, ni sujeta a ninguna reserva de ejecución en un acto de Derecho positivo interno. Posteriormente se ha ido perfilando la aplicación del efecto directo, por ejemplo para los Acuerdos internacionales, los asuntos *Kziber*, 18/90, sentencia de 31 de noviembre de 1991; *Yousfi*, 58/93, de 20 de abril de 1994. En el caso de las Directivas y Decisiones, pueden invocarse sus disposiciones siempre que sean muy precisas y sin márgenes de apreciación. Para las Decisiones, asunto *Grad*, 9/70, sentencia de 6 de octubre de 1970; y, para las Directivas los asuntos *Van Duyn*, 41/74, sentencia de 4 de diciembre de 1974; *V.N.O.*, 51/76, sentencia de 1 de diciembre de 1977; y, *Ratti*, 130/78, de 8 de marzo de 1979

¹⁴ PÉREZ DE LAS HERAS, cit, pp 100 y 102, siendo así a partir del asunto *Ratti*, citado en la nota anterior. Agrega la profesora que tratándose de Directivas que no contemplaban de manera precisa y clara derechos subjetivos o aquellas con efecto horizontal, el TJCE había reservado hasta la sentencia *Francovich* como modalidad de tutela judicial, el principio de interpretación conforme, con arreglo al cual los órganos jurisdiccionales estatales debían esforzarse por alcanzar el resultado de la Directiva con la normativa interna, principio establecido en las sentencias *Von Colson* y *Harz* y consolidada en la decisión *Mearling*.

¹⁵ Aún cuando la sentencia *Francovich* va a establecer de manera definitiva el principio de la responsabilidad de los Estados, existen precedentes previos. Los autores están de acuerdo en que un primer precedente puede fijarse en el año 1960, en la sentencia *Humblet*, de 16 de diciembre de 1960, asunto 6/60, en la que se proclamó la obligación del Estado de resarcir los perjuicios, sin precisar más cuestiones. Se trataba de un funcionario de nacionalidad belga que interpuso una demanda solicitando la restitución de las cantidades entregadas a las autoridades belgas por concepto de impuestos, debido a que se trataba de un funcionario de la CECA que estaba excluido del pago de los referidos tributos. GUICHOT, Emilio. *La*

responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario. Tirant Lo Blanch. 1ª Edición. Valencia. 2001, p 452. PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*. Tirant Lo Blanch. 1ª Edición. Valencia. 2001, p 72. MACHADO RIBEIRO, Marta. *Da responsabilidade do Estado por la violação do direito comunitário*. Almedina. 1ª Edición. Coimbra. 1996, p 44. VANDERSANDEN, Georges. DONY, Marianne. *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*. Bruylant. 1ª Edición. Bruselas. 1997, p 15. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho comunitario*. Noticias de la Unión Europea. Nº 147. 1997, p 9. Además hubo otros precedentes. Por ejemplo, GUICHOT, cit., p 453 y JANER TORRENS, Joan David. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*. Tirant Lo Blanch. 1ª Edición. Valencia. 2002, p 80, citan la sentencia 7 de febrero de 1973, Comisión con Italia, asunto 39/72. Por su parte, PÉREZ, cit, p 74, cita la sentencia de 22 de enero de 1976, asunto 60/75, Carmine Russo con AIMA, conocida por el TJCE por la vía prejudicial, en el que el Tribunal afirma de manera más rotunda la responsabilidad del Estado. Ambos autores también hacen referencia a la sentencia *Waterkeyn*, de 14 de diciembre de 1984, asuntos acumulados 314 a 316/81 y 38/82, en los que el Tribunal estableció la contradicción de una normativa interna francesa, relativa a bebidas alcohólicas. Otros pronunciamientos lo constituyen las sentencias de 20 de febrero de 1986, asunto 309/84, en el que el Tribunal declaró que aunque el Estado haya eliminado el incumplimiento dentro del plazo establecido por la Comisión puede permanecer un interés para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los daños causados; la sentencia de 17 de junio de 1987, asunto 154/87 y la sentencia de 24 de marzo de 1988, asunto 240/86, con idéntico tipo de declaraciones. Al respecto ver PÉREZ, cit., p 77 y JANER, cit., p 81. Como afirma este autor, cit, pp 84 y 85, varias de estas sentencias, dictadas en procesos por incumplimiento, ponían a cargo del Estado adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal, lo que comprendía la reparación de los perjuicios. Sin embargo, hasta el asunto Francovich el Tribunal no precisó las condiciones con arreglo a las cuales el particular podía obtener una indemnización ante las jurisdicciones nacionales. En tanto, todas estas sentencias se situaban en el marco de normas de aplicación directa o de efecto directo. Ver, al respecto, MACHADO, cit, p 46.

¹⁶ Tanto la sentencia como la explicación de los hechos se encuentran en ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2ª Edición. Madrid. 2003, pp 597 y ss. Un análisis de la sentencia también se encuentra en PÉREZ, cit., pp 162 y ss; JANER, cit., pp 137 y ss; MACHADO, cit., pp 124 y ss; FERNÁNDEZ y SERRANO, cit, pp 99 y ss

¹⁷ La pregunta clave planteada en el caso y reproducida en el considerando 7mo del fallo, fue la siguiente: *“En virtud del Derecho comunitario vigente, ¿puede el particular que haya resultado perjudicado por la falta de ejecución del Estado de la Directiva 80/987 –falta de ejecución declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia- exigir que ese Estado cumpla las disposiciones de dicha Directiva, que sean suficientemente precisas e incondicionadas, invocando directamente, frente al Estado miembro que incumplido sus obligaciones, la normativa comunitaria para obtener las garantías que el propio Estado debía asegurar y, en cualquier caso, reclamar la indemnización de los daños sufridos en lo que respecta a las disposiciones que no reúnan dicho requisitos?”*.

¹⁸ El análisis se planteó básicamente porque, de acuerdo con la Directiva, cada Estado miembro podía optar varios sistemas para los efectos de las garantías que debían otorgarse a los trabajadores al momento de concluir la relación laboral. Estas posibilidades eran 3: a) la fecha en que se produce la insolvencia del empresario; b) la del preaviso de despido del trabajador asalariado afectado, dado en razón de la insolvencia del empresario; c) la del momento en que se produce la insolvencia del empresario o la terminación del contrato de trabajo, producida en razón de la insolvencia del empresario. También el Estado tenía la facultad de limitar la indemnización a ciertos períodos, así como fijar un tope máximo para la garantía de pago, determinando, de acuerdo al artículo 10 de la Directiva, el método para fijar el tope

¹⁹ No desconocemos la existencia de otras sentencias importantes posteriores al asunto Francovich y antes de la sentencia que comenzamos a analizar, pero siguiendo a GUICHOT, cit, pp 462 y ss, son sentencias que tienen el mismo trasfondo que el asunto Francovich/Bonifaci. Como indica el autor citado: *“A la sentencia Francovich/Bonifaci le siguen otras que, entre 1991 y 1996, ratifican el principio de responsabilidad. Tienen un mismo marco: el de las cuestiones prejudiciales frente a omisiones de transposición en plazo de directivas carentes de efecto directo. El TJCE recalca la procedencia de llevar hasta el máximo el principio de interpretación conforme de la normativa nacional. Ahora bien, el límite se encuentra en su literalidad y sentido lógico. Cuando no es posible acomodar la interpretación de la normativa nacional a la directiva, la efectividad del derecho otorgado a los particulares por la directiva ha de articularse precisamente a través de la acción de responsabilidad”*. Estos casos son los siguientes: el asunto WAGNER MIRET, C-334/92, sentencia de 16 de diciembre de 1993. Se trataba de una cuestión planteada por el Tribunal Superior de Cataluña acerca del alcance la misma Directiva 80/987 con la que se resolvió el asunto Francovich, sobre protección de trabajadores contra la insolvencia empresarial. Como indican FERNÁNDEZ y SERRANO, cit, p 105, a diferencia del asunto Francovich, el Estado español

sostenía estar cumpliendo la Directiva, dada la existencia del FOGASA, que protegía a los trabajadores en estos casos. En todo caso, el FOGASA (Fondo de garantía salarial) no protegía a los trabajadores de alta dirección, como era el caso del demandante, por lo que el TJCE optó por la alternativa de la indemnización de perjuicios. Un segundo asunto, conocido en 1994, es la sentencia *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, asunto 91/92. En esta causa se pone de relieve la imposibilidad de invocar una Directiva no transpuesta entre particulares, pues como hemos visto, la falta de efecto directo se debe, bien a la ausencia de derechos precisos y determinados, bien a la imposibilidad de invocar dichos derechos contra particulares. En este caso, una consumidora pretendió invocar la Directiva 85/577 de protección de consumidores relativos a contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, para revocar un contrato celebrado en dichas condiciones, pues dicha Directiva le otorgaba dicho derecho. Italia no había adaptado la Directiva hasta 1992, en circunstancias que el plazo vencía en 1987, un año antes de la celebración del contrato. Como indica GUICHOT, cit, p 463, el tribunal italiano sólo interroga al TJCE acerca de la precisión e incondicionalidad de la Directiva y respecto del efecto directo horizontal. El TJCE responde afirmativamente a lo primero y negativamente a lo segundo, pero además, por su cuenta, analiza la responsabilidad e incluso afirma que los requisitos materiales de dicha responsabilidad concurren en el caso.

²⁰ La sentencia fue consultada en ALONSO, cit, pp 610 y ss. Para un excelente resumen de los hechos y las cuestiones jurídicas planteadas en la sentencia MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO. *La obligación de los Estados miembros de indemnizar los daños causados a los particulares por los incumplimientos de sus obligaciones comunitarias atribuibles al poder legislativo (s. Brasserie du Pêcheur)*. Gaceta Jurídica de la C.E. Boletín 110. 1996, pp 2 y ss. También tratan de manera detallada la sentencia MACHADO, cit, pp 165 y ss; VANDERSANDEN, cit, pp 21 y ss

²¹ Sólo por citar algunos ejemplos, en el derecho español, la reelaboración del concepto de la culpa, la introducción de la previsibilidad en la causalidad, como cuestión de imputación y de la creación del daño moral, jamás presente en los códigos decimonónicos, al punto que algunos autores le denominan categoría jurisprudencial". Para el caso chileno, nuestra obra *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Libromar. Valparaíso. 2001, hemos abordado esta cuestión. Sobre la labor del juez como creador de normas jurídicas, puede consultarse el excelente trabajo de NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel Derecho. 1ª Edición. Madrid. 2000, pp 119 y ss.

²² Entre la sentencia *Brasserie du Pêcheur* y *Dillekofer*, se dictaron dos causas importantes. Nos referimos a la sentencia *British Telecommunications PLC*, de 26 de marzo de 1996, asun-

to C-392/1993. En este caso, como explican FERNÁNDEZ Y SERRANO, cit, p 107, se trataba de una directiva incorrectamente transpuesta, pero dentro de plazo. Además, la transposición fue obra del ejecutivo. Se trataba de la una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 8.1 de la Directiva 90/531, relativa a la formalización de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones. El TJCE se pronunció negativamente sobre la responsabilidad del Estado en el presente caso, configurando un nuevo supuesto de hecho, pues a diferencia del asunto Francovich, el TJCE declaró que la responsabilidad no se configuraba automáticamente, sino que dependía del tenor de la Directiva, de la buena o mala fe del Estado y de otras circunstancias que en la especie lo llevaron a rechazar, como hemos dicho, la responsabilidad del Estado. El segundo caso es la sentencia *Hedley Lomas*, de 23 de mayo de 1996, asunto C-5/94. Entre el mes de abril de 1990 y 1993, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de Inglaterra se negó sistemáticamente a expedir licencias para la exportación a España de ganado vivo para su sacrificio, basándose en que el ganado sufría en ese Estado un trato contrario a la Directiva 74/577/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1974, relativa al aturdimiento de animales para su sacrificio. A la empresa Hedley Lomas no se le expidió dichas licencias para exportar a España, pese a haber acreditado que el lugar donde se destinarían los animales cumplía con la normativa europea. La empresa entonces interpuso una demanda ante un tribunal inglés, solicitando la indemnización de los perjuicios por parte del Estado, quien elevó una consulta al TJCE. El Tribunal estableció la responsabilidad del Estado sobre la base de la inexistencia de margen de apreciación, considerando que la sola infracción del Derecho comunitario puede bastar para establecer una violación suficientemente caracterizada, criterio que se reiterará claramente en la sentencia *Dillenkofer*. Como indican FERNÁNDEZ Y SERRANO, cit, p 109, a diferencia de la sentencia *British Telecommunications* el Tribunal valoró directamente los hechos.

²³ La sentencia ha sido tomada nuevamente de ALONSO, cit, pp 638 y ss. Varios autores le asignan a esta sentencia el papel unificador. Así, FERNÁNDEZ Y SERRANO, cit, p 105; PÉREZ, cit, p 166, quien sostiene: “*La dualidad que se deriva de las sentencias Francovich y Factortame III respecto de las condiciones exigibles para declarar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario no hizo sino introducir confusión en el régimen de la responsabilidad del Estado por dicho incumplimiento. En la sentencia dictada el 8 de octubre de 1996 en el asunto Dillenkofer el Tribunal elimina esa dualidad y unifica las condiciones exigibles en todos los supuestos de incumplimiento*”.

²⁴ El resumen de la sentencia ha sido tomado de SORIANO GARCÍA, José (Dir) en A.A.V.V. *La reciente jurisprudencia comunitaria comentada. Tomo II*. Marcial Pons. 1ª Edición. Madrid. 201, pp 295 y 296

²⁵ SORIANO, cit., p 298

²⁶ La sentencia ha sido obtenida de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0352:ES:HTML>

²⁷ MANGAS Y LIÑÁN, cit., p 475. Debemos señalar que hay un error en estos autores al referirse al caso como “3502” y no “352”

²⁸ La sentencia la hemos tomado de ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Las sentencias básicas del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y jurisprudencia*. Civitas. 3ª Edición. Madrid. 2006, pp 542 y ss

²⁹ SARMIENTO, Daniel. *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*. Civitas. 1ª Edición. Madrid. 2004, pp 267 y 268

³⁰ COBREROS MENDAZONA, Edorta. *Incumplimiento judicial del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado en A.A.V.V. Integración europea y poder judicial*. Gobierno Vasco. Bilbao. 2006, p 169

³¹ SARMIENTO, cit, p 269

³² SARMIENTO, cit, p 270

³³ En opinión de SARMIENTO, cit, pp 273 y 274, se trata argumentos débiles del Tribunal. En cuanto a la fuerza juzgada se refuerza apelando al principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento comunitario, de manera que la fuerza de cosa juzgada queda debilitada ante un principio comunitario. Más que una desconexión entre responsabilidad y cosa juzgada se trataría de una primacía de la norma comunitaria sobre las decisiones judiciales nacionales firmes. La debilidad es aún mayor en el caso del órgano interno llamado a conocer el régimen de responsabilidad derivada de la decisión judicial. Al respecto plantea: “*El problema se agudiza cuando los Tribunales inferiores son llamados a determinar la responsabilidad de los Tribunales superiores, o cuando éstos deben solventar ellos mismos los expedientes de responsabilidad. Si la decisión enjuiciada procede de un Tribunal Supremo, la inexistencia de una instancia superior plantea problemas organizativos que incluso afectarían al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*”.

³⁴ Para un análisis detallado de cada uno de estos factores en el caso de órganos jurisdiccionales, COBREROS; cit, pp 187 y ss, quien agrega que: “*Parece, entonces, que lo que podrá excluir el carácter manifiesto de una aplicación judicial incorrecta del Derecho comunitario –y, con ello, descartar la obligación de indemnizar por este motivo- será una interpretación de alguna de sus disposiciones que sea “razonable” (según, eso sí, el estado de “aclaración” que, por parte de las Instituciones comunitarias, haya tenido la disposición controvertida*”.

³⁵ SARMIENTO, cit., p 277. Lo cierto es que el Tribunal, al examinar el caso concreto ha asu-

mido que propuso el retiro de la cuestión prejudicial sin haber resuelto adecuadamente la cuestión del caso Kóbler, aunque el Tribunal adjudica exclusiva responsabilidad en esta cuestión al tribunal austriaco.

³⁶ La misma opinión sostiene PÉREZ, cit, pp 198 y ss

³⁷ MARTÍNEZ, cit., p 3

³⁸ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho comunitario*. Noticias de la Unión europea. Nº 147. 1997, p 12

³⁹ ALONSO GARCÍA, cit, p 62, en su estudio preliminar

⁴⁰ ORTEGA, Marta. *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*. Ariel Practicum. 1ª Edición. Barcelona. 1999, pp 162, 175 y 176

⁴¹ PALACIO GONZÁLEZ, José. *El sistema judicial comunitario. Perspectiva institucional, reglas de procedimiento y vías de recurso*. Ediciones Universidad de Deusto. 1ª Edición. Bilbao. 1996, pp 284 y 285

⁴² GUICHOT, cit., p 496. En el mismo sentido, MACHADO RIBEIRO, cit, p 94, quien concluía el carácter culposo de la responsabilidad sólo con la sentencia Francovich. Para JANER, cit, pp 242 a 246, aún cuando el Tribunal no quiso adoptar el concepto de la culpa, debido a la falta de uniformidad en los sistemas internos, optando por no elaborar un concepto comunitario de culpa e introducir el carácter subjetivo a través de “violación suficientemente caracterizada”, aunque luego señala que el hecho que el TJCE no elaborase un concepto comunitario de la culpa no significa que no tuviese vigencia en el régimen comunitario, admitiendo que la ilegalidad cualificada exigida por el Tribunal de justicia se corresponde, en definitiva, con la culpa. Para PÉREZ, cit, p 197, el TJCE no considera la culpa como elemento autónomo, sino que se le tiene en cuenta indirectamente. Con ello el Tribunal habría buscado una solución ecléctica, ni estableció un sistema objetivo, ni incluyó la culpa como elemento autónomo, evitando la subjetivación del sistema.

⁴³ Todavía hemos encontrado un tercer grupo de autores que sostiene que el Tribunal no se ha pronunciado abiertamente por el régimen que fundamenta la responsabilidad. En el caso de los Estados, MANGAS Y LIÑAN, cit., pp 483 y 484 lo consideran un sistema sui generis, pues el Estado responde en ocasiones por omisiones en la aprobación de leyes por el Parlamento y, en otros casos, por violaciones del Derecho comunitario atribuibles al legislador nacional. FERNÁNDEZ y SERRANO, cit, p 114, se remiten a citar la sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, señalando simplemente que el Tribunal no excluye la utilización de este requisito y citando la sentencia, sin hacer mayores análisis. Finalmente, para el caso de los órganos comunitarios, FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda. *El régimen de responsabilidad*

extracontractual de la Comunidad Europea: Condiciones, ámbito de aplicación y cuestiones conflictivas. Noticias de la Unión Europea. N° 71. Año 1999.

⁴⁴ MAIORCA, Carlo. *Enciclopedia del Diritto. Colpa civile. Teoría generale.*. Tomo VII. Guiffre editore. 1ª Edición. Milán. 1960, pp 534 y 535. Hemos excluido la consideración de que la palabra culpa, en ocasiones, se utiliza en un sentido muy amplio, como sinónimo de culpabilidad.”.

⁴⁵ DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Civitas. 1ª Edición. Madrid. 2001, pp 357 y 358

⁴⁶ MAIORCA, cit., p 537

⁴⁷ BUERES, Alberto. *Derecho de daños*. Editorial Hammurabi. 1ª Edición. Buenos Aires, pp 329, 331, 332 y 333.

⁴⁸ ANTUNES VARELA, Joao de Matos. *Das obrigações em geral*. Volumen I. Editorial Coimbra. 9ª Edición. Coimbra. 1996, p 594.

⁴⁹ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. Santiago. 2006, pp 77, 78 y 79

⁵⁰ Este deber de cuidado puede ser establecido, en efecto, por la ley, los usos normativos e incluso por el juez, quien al resolver un asunto sometido a su decisión, si no encuentra norma positiva, no podrá excusarse de fallar y, aunque exista dicha norma positiva, el juez siempre construye una norma particular la momento d resolver el asunto, en la que puede establecer ciertos deberes de cuidado. Esta es la opinión del profesor BARROS BOURIE, Enrique. *La culpa en la responsabilidad civil en Ensayos Jurídicos*. N° 1. 2005, p 15: “A falta de ley y usos normativos, y supletoriamente aunque los haya, corresponde al juez la aplicación en concreto del estándar de cuidado. En efecto, como he intentado mostrar, la ley y los usos normativos no son exhaustivos en sede civil, de modo que si el demandado los ha observado, ello no impide que el juez indague si el autor del daño actuó negligentemente, atendidas las circunstancias. Con mayor razón rige esta regla de determinación judicial de los deberes de cuidado si no existe regulación legal o consuetudinaria”

⁵¹ Aunque adoptaremos la posición tradicional sobre la culpa, dejamos constancia que un importante sector de la doctrina, tesis a la que nos sumamos, prefieren separar la antijuridicidad de la culpabilidad. En relación con la antijuridicidad hay autores que la niegan en el mundo de la responsabilidad civil –aunque aceptan las causales de justificación–, otros que la entienden incorporada en el daño y la tesis tradicional que consiste en subsumirla en la culpa. Esta manera de pensar conduce a apreciar la responsabilidad como “objetiva” cuando no hay ilicitud inicial de la conducta. Sobre el particular puede consultarse nuestra obra *Responsabilidad extracontractual*. Librotecnia. Santiago. 2006. Es muestra de esta posición,

BARROS, Responsabilidad..., cit., p 96, quien estima que en derecho chileno, como en la generalidad de los sistemas jurídicos la culpa, al ser entendida como ilicitud de la conducta, no se distingue de la antijuridicidad. Esta perspectiva es lógica desde el ángulo de la codificación, pues en el Código civil francés se consagró la *faute*, que encierra una ilicitud subjetiva y objetiva y a falta de traducción las codificaciones romances se refieren al elemento como culpa.

⁵² Para esta cuestión, BARROS, Tratado..., cit., pp 445 y ss

⁵³ VALDIVIA, José Miguel. *Codificación del derecho de la responsabilidad del Estado*. En *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo II. LexisNexis. 1ª Edición. 2005, p 880

⁵⁴ Señala FERNÁNDEZ, cit., pp 13 y 14, que en relación con este requisito, la jurisprudencia del TJCE fue evolucionando, pues en un comienzo, por influencia del Derecho francés se exigía la prueba de la falta de la institución comunitaria como condición del ejercicio de la acción de responsabilidad. A partir de la década de los 70 dejará de utilizarse la expresión falta y ésta se identificará con la ilegalidad del acto.

⁵⁵ PALACIO, cit., pp 284 y 285

⁵⁶ Un breve resumen de los hechos y de los principales planteamientos del Tribunal en Ortega, cit, pp 164 y ss

⁵⁷ Así lo estima PALACIO, cit, p 287

⁵⁸ ORTEGA, cit, pp 166 a 168. Agrega la autora, citando otras sentencias del Tribunal, que en otros casos se ha considerado cumplido el requisito cuando la autoridad estaba guiada por consideraciones manifiestamente erróneas o bien fue más allá de lo necesario para cumplir el objetivo superior. FERNÁNDEZ, cit, p 19 encuentra referentes jurisprudenciales anteriores y así señala que una precisión importante ya hizo el TJCE en el asunto *Bayerische HNL*, sentencia de 25 de mayo de 1978, en la que el Tribunal ya había indicado que por “violación suficientemente considerada” había que entender el desconocimiento, manifiesto y grave, de los límites que se imponen al ejercicio de sus deberes.

⁵⁹ FERNÁNDEZ, cit., p 20, citando la jurisprudencia que ha ido precisando estos supuestos. Al conectar la ilegalidad con el daño, el Tribunal ha puesto relieve de una cuestión importantísima, que trataremos en breve, pero que demuestra una de las principales debilidades del sistema. Nos referimos a la tipificación del daño, tema que abordaremos más adelante

⁶⁰ JANER, cit, pp 237 y 238

⁶¹ GUICHOT; cit, pp 495 y ss, analizando detalladamente los distintos elementos que el TJCE señala deben ser tenidos en cuenta por los tribunales nacionales para apreciar si la violación es suficientemente caracterizada

⁶² FERNÁNDEZ Y SERRANO, cit, pp 104 y 105

⁶³ Lo curioso es que en estos dos casos el Tribunal entrega herramientas al juez nacional para concretar el deber de diligencia y determinar si la violación puede considerarse suficientemente caracterizada, pero contrariamente a su jurisprudencia analiza directamente los hechos para determinar si hubo o no la infracción exigida.

⁶⁴ DIEZ PICAZO, Luis. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual* en. Anuario de Derecho Civil. Tomo LIV. Julio-Sept. 2001, p 1017. En el mismo sentido, PENA LÓPEZ, José María. *Función, naturaleza y sistema de responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español* en Revista de Derecho Privado. Marzo-abril. 2004, pp 201 y 202. SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Editorial Montecorvo. 7ª Edición. Madrid. 1993, pp 92 y 93. Una opinión distinta sostiene el profesor DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad civil*. Civitas. 3ª Edición. Madrid. 1993, pp 304 y 305

⁶⁵ En el caso de la responsabilidad de los Estados miembros, desde la sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, apartado 51. Para la responsabilidad de las instituciones seguimos en este punto a PALACIO, cit., p 299

⁶⁶ GUICHOT, cit, p 517. En el mismo sentido, JANER, cit, pp 255 y ss

⁶⁷ Sobre esta cuestión, por todos, DE ANGEL, cit, pp 751 y ss

⁶⁸ BARROS, *Tratado...*, cit., p 374

⁶⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*. Centenario del Código Civil. Tomo II. Madrid. 1991, pp 1561 y ss. Puede consultarse sobre esta cuestión también a Arcos Vieira, María Luisa. *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*. Aranzadi. 1ª Edición. Navarra. 2005, p 17, quien señala: “En esa línea, se insiste en la importancia de una correcta diferenciación entre, por una parte, las condiciones que explican desde un punto de vista lógico-científico la producción ulterior del daño resultante, y que por ello son propiamente causas del mismo, y, por otra, diferentes criterios –ya de carácter jurídico- que permiten justificar una selección entre los diversos factores del daño (...) como fase previa a la de imputación subjetiva de la obligación de indemnizarlo”. Para visión distinta y clásica del problema DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*. Tirant Lo Blanch. 1ª Edición. Valencia. 2000, pp 58 y ss. Sin embargo, la doctrina más moderna separa las cuestiones de causalidad e imputación. Por todos, REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Thompson-Aranzadi. 2ª Edición. Madrid. 2003, p 309

⁷⁰ ROXIN Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Editorial Civitas. Madrid. 1997, página 360: “La teoría de la adecuación persigue un propósito justificado, pero no es, como opi-

naban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Es decir, que no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente”.

⁷¹ SALVADOR CODERCH, Causalidad y responsabilidad en www.indret.com, pp 5 y 10

⁷² SALVADOR CODERCH, Pablo. GAROUPA, Nuno. GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos. *El círculo de responsables*. Indret. Revista para el análisis del Derecho. N° 309. Barcelona. Oct. 2005, pp 3 y 5, publicada en www.indret.com

⁷³ SALVADOR CODERCH, cit., p 10.

⁷⁴ SALVADOR, GAROUPA Y GÓMEZ, cit., pp 14 y 15

⁷⁵ Para esta cuestión, BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Tecnos. 1ª Edición. Madrid. 1998. También DE LORENZO, Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996.

⁷⁶ GUICHOT, cit., p 275

⁷⁷ GUICHOT, cit, p 496

⁷⁸ Todavía hay otras dos posiciones, si cabe, menores. Hay algunas posiciones integradores para las cuales el daño estaría representado por el menoscabo de derechos subjetivos, intereses tutelados y hasta simple intereses. Para otro sector, especialmente la dogmática Argentina, el daño es la repercusión disvaliosa del resultado, no identificándolo ni con la lesión al derecho o al interés. Estas concepciones se multiplican cuando se trata del daño moral. Hemos abordado estas cuestiones en nuestros trabajos *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Libromar. Valparaíso. 2001 y *Responsabilidad extracontractual*. Librotecnia. 2006

⁷⁹ Janer, cit, p 229

⁸⁰ BREBBIA, Roberto. *La lesión del patrimonio moral. Derecho de Daños*. Primera Parte. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1996, p 227

⁸¹ BREBBIA, op. cit., pp 227 y ss

⁸² BUERES, Alberto. *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*. Derecho de Daños. Primera Parte. Ediciones La Roca. 1ª Edición. Santiago. 1996, pp 170 y 171

⁸³ Sobre este punto, por todos, SANTOS BRIZ, cit, p 145.

⁸⁴ Por ejemplo, si nos centramos especialmente en el daño moral, ambas posturas permiten resolver el problema de la reparación de personas jurídicas, los daños morales contractuales y o la indemnización a favor de personas privadas de razón o en estado vegetativo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, Cristián. *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Libromar. Valparaíso. 2001
- AEDO BARRENA, Cristián. *Responsabilidad extracontractual*. Librotecnia. Santiago. 2006
- ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*. Centro de Estudios políticos y constitucionales. 2ª Edición. Madrid. 2003
- ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*. Thompson-Civitas. 3ª Edición. Madrid. 2006
- ANTUNES VARELA, Joao de Matos. *Das obrigações em geral*. Volumen I. Editorial Coimbra. 9ª Edición. Coimbra. 1996
- ARCOS VIEIRA, María Luisa. *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*. Thompson-Aranzadi. Madrid. 2005
- BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006
- BARROS BOURIE, Enrique. *La culpa en la responsabilidad civil en Ensayos Jurídicos*. Nº 1. 2005
- BREBBIA, Roberto. *La lesión del patrimonio moral. Derecho de Daños*. Primera Parte. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1996
- BUERES, Alberto. *Derecho de daños*. Editorial Hammurabi. 1ª Edición. Buenos Aires
- BUERES, Alberto. *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*. Derecho de Daños. Primera Parte. Ediciones La Roca. 1ª Edición. Buenos Aires. 1996
- BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Tecnos. 1ª Edición. Madrid.
- COBREROS MENDEZONA, Edorta. *Incumplimiento judicial del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado en A.A.V.V. Integración europea y poder judicial*. Gobierno Vasco. Bilbao. 2006

- DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Civitas. 3ª Edición. Madrid. 1993
- DE CUEVILLAS MATOZII, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños* Tirant-Lo Blanch. Valencia. 2000
- DE LORENZO, Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996
- DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Thomson-Civitas. 4ª Edición. Madrid. 2006
- DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Civitas. 3ª Edición. Madrid. 2005
- DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Civitas. 1ª Edición. Madrid. 2001
- DIEZ PICAZO, Luis. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual* en. Anuario de Derecho Civil. Tomo LIV. Julio-Sept. 2001
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Lionel. SERRANO SORDO, Teresa. *Responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario*. Noticias de la Unión Europea. Nº 156. 1998
- FERNÁNDEZ GARCÍA, María Fernanda. *El régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea: Condiciones, ámbito de aplicación y cuestiones conflictivas*. Noticias de la Unión europea. Nº 171. 1999
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *La responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario*. Noticias de la Unión Europea.
- GUICHOT, Emilio. *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001
- JANER TORRENS, Joan David. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002
- MACHADO RIBEIRO, Marta Chantal Da Cunha. *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*. Almedina. Coimbra. 1996

- MAIORCA, Carlo. *Enciclopedia del Diritto. Colpa civile. Teoría generale.* Tomo VII. Guiffrè editore. 1ª Edición. Milán. 1960
- MANGAS MARTÍN, Araceli. LIÑÁN NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea.* Tecnos. 5ª Edición. Madrid. 2005
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago. *La obligación de los Estados miembros de indemnizar los daños causados a los particulares por los incumplimientos de sus obligaciones comunitarias atribuibles al poder legislativo (la s. Barasserie du Pêcheur).* Gaceta Jurídica de la C.E. Boletín 110. 1996
- MENGOZZI, Paolo. *Instituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione Europea.* Cedam. Milán. 2003
- MENGOZZI, Paolo. *Derecho comunitario y de la Unión europea.* Traducción Javier Fernández Pons. Tecnos. 1ª Edición. Madrid. 2000
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad europea.* Difusa. 4ª Edición. Madrid. 2002
- NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial.* Editorial Ariel Derecho. 1ª Edición. Madrid. 2000
- ORTEGA, Marta. *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria.* Ariel practicum. Barcelona. 1999
- OSSENBÛL, Fritz. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal Alemana en propiedad, expropiación y responsabilidad.* Coordinación Javier Barnes. Editorial Tecnos. 1ª Edición. Madrid. 1995
- PALACIO GONZÁLEZ, José. *El sistema judicial comunitario.* Ediciones Universidad de Deusto. Bilbao. 1996
- PALACIO GONZÁLEZ, José. *La especificidad del Derecho comunitario frente al Derecho internacional general: sus técnicas de protección de la situación jurídica de los particulares (introducción a modo de prólogo) en A.A.V.V. Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismo de tutela judicial efectiva.* Consejo del Poder judicial. Gobierno Vasco. 1ª Edición. Vitoria-Gasteiz. 1995
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación.* Centenario del Código Civil. Tomo II. Madrid. 1991

- PELÁEZ MARÓN, José Manuel. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Editorial Tecnos. Madrid. 2000
- PENA LÓPEZ, José María. *Función, naturaleza y sistema de responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español* en *Revista de Derecho Privado*. Marzo-abril. 2004
- PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz. *Las técnicas de articulación del Derecho comunitario con los derechos nacionales (efecto directo, primacía, interpretación uniforme e interpretación conforme)* en A.A.V.V. *Ordenamiento jurídico comunitario y mecanismos de tutela judicial efectiva*. Consejo del Poder Judicial. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1995
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*. Tirant-Lo Blanch. Valencia. 2001
- REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thompson-Aranzadi. 2ª Edición. Madrid. 2003
- ROXIN Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Editorial Civitas. Madrid. 1997
- SAIZ ARANAIZ, Alejandro (Dir). *Integración europea y poder judicial*. Instituto Vasco de administración pública. Bilbao. 2006
- SALVADOR CODERCH, Causalidad y responsabilidad en www.indret.com
- SALVADOR CODERCH, Pablo. GAROUPA, Nuno. GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos. *El círculo de responsables*. Indret. *Revista para el análisis del Derecho*. Nº 309. Barcelona. Oct. 2005, publicada en www.indret.com
- SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Editorial Montecorvo. 7ª Edición. Madrid. 1993
- SARMIENTO, Daniel. *Poder judicial e integración europea*. Thompson-Civitas. Madrid. 2004
- SORIANO GARCÍA, J. Eugenio (Dir). *La reciente jurisprudencia comunitaria comentada*. Tmos I y II. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1999

- VALDIVIA, José Miguel. *Codificación del derecho de la responsabilidad del Estado*. En *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo II. LexisNexis. 1ª Edición. 2005
- VANDERSANDEN, Georges. DONY, Marianne. *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*. Bruylant. Bruselas. 1997
- VENTURINI, Gabriella. *La responsabilità extracontrattuale delle comunità europee*. Guiffré Editore. Milán. 1980

Cristián Eduardo Aedo Barrena