

La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario

Edorta Cobreros Mendazona

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

SUMARIO

- I. BREVE RECORDATORIO DE LOS HITOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR SU INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO
- II. EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE LOS ESTADOS, LA POLÍTICA DE LA COMISIÓN Y SU AUTONOMÍA CON RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO—1. *La preocupación comunitaria por el incumplimiento judicial*—2. *La política de incumplimiento seguida por la Comisión y las razones que la han sustentado*—3. *La Sentencia Comisión contra Italia, de 9 de diciembre de 2003, ¿un cambio en esta materia?*—4. *Autonomía del recurso por incumplimiento respecto de la responsabilidad del Estado*
- III. LA CONSTRUCCIÓN (JURISPRUDENCIAL) DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE SUS ÓRGANOS JUDICIALES—1. *Consideraciones previas*—2. *Los argumentos que sustentan la construcción*—3. *Los requisitos específicos para este supuesto*—4. *La formulación conclusiva*
- IV. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE APLICACIÓN O ACOGIDA DE ESTA CONSTRUCCIÓN: EL ESTRICTO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL, ¿INCOMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD?

I. BREVE RECORDATORIO DE LOS HITOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR SU INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

En poco más de doce años, el Ordenamiento comunitario ha visto cómo se gestaba y quedaba definitivamente consolidado el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados cuando éstos, con su actuación (u omisión) incumplidora del Derecho comunitario –ya originario o derivado; ya de directa aplicación o no–, lesionan derechos recogidos en aquél en favor de los particulares. Se trata de un proceso verdaderamente espectacular y que, aunque haya sufrido alguna rectificación de rumbo, se ha seguido de manera segura y continuada por parte del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, abriendo camino decididamente por una ruta hace bien poco explorada¹.

Como es sobradamente conocido, el establecimiento y la delimitación iniciales del principio de la responsabilidad estatal por el incumplimiento del Derecho comunitario tiene un origen muy preciso: la Sentencia *Francovich* de 1991², ciertamente un caso líder³. El siguiente hito lo constituye la Sen-

¹ Y que, incluso según alguna interpretación, habría recibido –siquiera indirectamente– el respaldo y la protección (vía art. 1 del Protocolo adicional número 1) del mismísimo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 16 de abril de 2002, caso *Dangeville* (reiterada en la Sentencia de 22 de julio de 2003, caso *Cabinet Diot*); *vid.*, sin embargo, el más matizado análisis que de este complejo caso ha efectuado DUFOURCQ B., en «La Cour européenne des droits de l'homme arbitre du dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes?», en *RFDA*, núm. 5, 2003, pgs. 953 y ss.

² Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991, en los asuntos acumulados C-6 y 9/90, dictada en un procedimiento prejudicial planteado por sendos juzgados italianos. De este pronunciamiento –y de las dos más inmediatas sentencias que ratificaron su planteamiento (la Sentencia *Wagner Mivet*, de 16 de diciembre de 1993, C-334/92, y la Sentencia *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, C-91/92)– me ocupé con detenimiento hace algún tiempo (*vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*. Civitas. Madrid, 1995).

³ Sin perjuicio de los voluntariosos esfuerzos que se hicieron por encontrarle algún precedente. Así, en la doctrina, por ejemplo, SCHOCKWEILER, F., «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», en *RTDE*, núm. 1, 1992, especialmente, pgs. 36 y ss.; y TESAURO, G., «Las sanciones de las infracciones al Derecho comunitario», en *Noticias CEE*, núm. 100, 1993, especialmente, pgs. 114 y 115. También en las Conclusiones del Abogado General Mischo en la Sentencia *Francovich* citada (apd. 63); e incluso se puede ver una discreta referencia en el apartado 36 de la propia Sentencia. *vid.*, asimismo, la recopilación que realiza RUIZ JARABO, D., en su trabajo «Cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXI, 1996, pgs. 107 a 110.

tencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* de 1996⁴, que, modificando algo la construcción inicial, extiende sin ambages la responsabilidad de los Estados al caso del incumplimiento por parte del legislador estatal. Finalmente, tras numerosas sentencias que confirman lo establecido en *Brasserie*, llegamos al momento actual con la Sentencia *Köbler* de 2003⁵, donde se da un paso más, afirmándose también la responsabilidad estatal cuando el incumplimiento del Derecho comunitario se imputa a un órgano judicial en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Este último supuesto es el que interesa analizar aquí. Pero tratar de la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario en que incurran sus órganos judiciales aconseja una reflexión previa sobre la premisa (esto es, el incumplimiento mismo), habida cuenta de las especificidades que presenta este supuesto y para no confundir ámbitos diferenciados.

II. EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE LOS ESTADOS, LA POLÍTICA DE LA COMISIÓN Y SU AUTONOMÍA CON RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

1. La preocupación comunitaria por el incumplimiento judicial

El incumplimiento de los órganos judiciales estatales –primeros (y «naturales») llamados a aplicar el Derecho comunitario– ha preocupado siempre en el ámbito comunitario, especialmente en el caso de no planteamiento

⁴ Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, en los asuntos acumulados C-46 y 48/93, dictada también en un procedimiento prejudicial planteado por dos órganos jurisdiccionales (alemán y británico, respectivamente). La literatura producida con ocasión de este pronunciamiento ha sido abundantísima, así que valga ahora con una referencia a tres destacados especialistas españoles, como son GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El fin del caso *Factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», en *RAP*, núm. 145, 1998, pgs. 117 y ss.; ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997, especialmente, pgs. 27 y ss.; y GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 (donde se puede encontrar un completo repertorio bibliográfico al respecto).

⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, asimismo dictada en un procedimiento prejudicial, esta vez solicitado por un Tribunal austriaco. A título puramente ilustrativo se puede añadir que, así como en *Francoovich* y en *Brasserie*, tras la elaboración de los elementos esenciales del principio comunitario de la responsabilidad estatal, en ambos casos apreció el Tribunal que sí concurrían las circunstancias previstas para su reconocimiento, sin embargo, en esta Sentencia *Köbler* el Tribunal de Justicia –en contra del parecer del Abogado General– considerará que no se reunían los requisitos exigidos (a pesar de reconocerse la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario).

de la cuestión prejudicial, cuando así está establecido⁶. Buena prueba de ello lo constituyen los Informes anuales realizados por la Comisión y presentados al Parlamento Europeo⁷ en los que, además de algunos datos numéricos, se procura hacer un seguimiento riguroso de esta cuestión (primero, bajo el epígrafe «Relación de sentencias importantes de los organismos jurisdiccionales nacionales superiores» y, más tarde, bajo el de «Aplicación del Derecho comunitario por las jurisdicciones nacionales»)⁸.

Esta «vigilancia» de la jurisprudencia de los Estados aplicativa del Derecho comunitario se articula por medio de una serie de interrogantes que no estará de más recoger aquí⁹:

–«i. ¿Hay algún órgano jurisdiccional cuyas resoluciones no sean susceptibles de recurso que haya omitido remitir una cuestión prejudicial en un asunto que plantea un problema de interpretación de una norma de Derecho comunitario cuya interpretación no sea de una claridad manifiesta? ii. ¿Hay otras resoluciones dignas de mención en materia de remisión prejudicial?».

–«¿Algún órgano jurisdiccional ha declarado –contrariamente a la norma enunciada en la jurisprudencia *Foto-Frost*– la invalidez de un acto de una institución comunitaria?».

–«¿Hay resoluciones interesantes que apliquen las sentencias *Franovich*, *Factortame* y *Brasserie du Pêcheur*?»¹⁰.

⁶ Recuérdese que la interlocución entre el órgano judicial estatal y el Tribunal de Justicia es posible (y deseable, podríamos añadir) cuando existen dudas sobre la interpretación del Derecho comunitario y es obligada en el caso de que el órgano judicial sea el que tenga la última decisión al respecto (art. 234 TCE).

⁷ Que comienzan a elaborarse en 1984 atendiendo, inicialmente, a una invitación efectuada en tal sentido el año anterior por el propio Parlamento a la Comisión (Resolución del Parlamento Europeo de 9 de febrero de 1983). Posteriormente, con la Declaración 19 (relativa a la aplicación del Derecho Comunitario), aneja al Tratado de la Unión Europea de 1992, será la Conferencia Intergubernamental la que le invite a la Comisión a que publique periódicamente un informe completo dirigido tanto a los Estados miembros como al Parlamento Europeo.

⁸ Que es con el que se sigue publicando en la actualidad el anexo correspondiente (el VI). El último publicado en el momento de redactar este trabajo es el *Vigésimo Informe*, relativo a 2002, de 21 de noviembre de 2003 (COM [2003] 669), del que se toman las citas literales recogidas en el texto a continuación.

⁹ Para mayor precisión se puede señalar que en el *Undécimo Informe* relativo a 1993 se añadió una pregunta sobre «decisiones judiciales dictadas a propósito del Tratado de la Unión Europea que merezcan un comentario particular», pero que dos años más tarde se eliminó. Asimismo, sólo en el *Decimoséptimo Informe* relativo a 1999 aparece una pregunta sobre «resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pudieran tener interés».

¹⁰ Este interrogante aparece desde el *Decimocuarto Informe* relativo a 1996, lo que es verdaderamente expresivo, por un lado, de la importancia que se le otorga al principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario y, por otro lado, de la preocupación sobre su efectiva aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales.

–«¿Hay resoluciones que llamen la atención por su carácter ejemplar o “rebelde”?»¹¹.

Como de lo transcrito se aprecia, existe una evidente preocupación en las Instituciones comunitarias respecto del efectivo cumplimiento del Derecho comunitario por las instancias judiciales nacionales. Pero también es verdad que de la lectura de los diversos informes (que cada vez son más extensos) se puede colegir una actitud muy respetuosa con las prácticas judiciales estatales y, pese a lo que pudiera inducir a pensar el enunciado de alguna de las preguntas, no están redactados de manera virulenta ni descalificadora, sino más bien en un tono marcadamente descriptivo.

Evidentemente han sido numerosos los casos en los que la Comisión ha apreciado la existencia de incumplimientos por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (no hace falta recordar ahora episodios de contumaz resistencia por parte de alguna alta jurisdicción para aplicar el principio de primacía o, sobre todo, para plantear una cuestión prejudicial en orden a una correcta aplicación del Derecho comunitario). Sin embargo, *hasta ahora* (salvedad hecha, así, de lo que un poco más adelante se señalará), la Comisión no había instado un proceso por incumplimiento contra un Estado por una actuación jurisdiccional.

Si, en principio nadie niega que una actuación de un órgano jurisdiccional puede ser objeto de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia fundado en el art. 226 TCE¹² –máxime desde que en fecha bien lejana, como es 1970, el Tribunal dejase bien claro que existe incumplimiento del Estado (y es recurrible como tal) sea cual fuere el órgano cuya actuación u omisión estuviera en el origen de la infracción, «incluso si se trata de una institución constitucionalmente independiente»¹³–, ¿a qué responde, entonces, esta *política* de la Comisión de no enfrentamiento directo con los órganos jurisdiccionales de los Estados y de no interponer recursos por incumplimiento de esta especie? Podemos adelantar a continuación una

¹¹ En la versión castellana de bastantes de los informes anteriores, en vez del término «rebelde», se utiliza el de «contestatario» (*vid.*, por ejemplo, el *Decimonoveno Informe*, relativo a 2001); e incluso en una ocasión, sorprendentemente, aparece el de «innovador» (así en el *Decimooctavo Informe*, relativo a 2000).

¹² Sin perjuicio de reconocer inmediatamente los limitados efectos que tendrá una declaración de incumplimiento respecto de una Sentencia firme y definitiva (lo que constituye, sin embargo, otra cuestión de orden diferente al que aquí estamos analizando).

¹³ Sentencia de 5 de mayo de 1970, *Comisión contra Bélgica*, C-77/69, apd. 15; y Sentencia de 18 de noviembre de 1970, *Comisión contra Italia*, C-8/70, apd. 9. Doctrina que, por cierto, se mantiene vigente para el Tribunal de Justicia en los mismos términos utilizados entonces, según la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Comisión contra Italia*, C-129/00, apd. 29.

Repárese, además, en que el recurso por incumplimiento se entabla contra el *Estado* y no contra el *Gobierno* respectivo, aunque sea éste el que se persone y actúe en su defensa (al principio de su andadura, sin embargo, la verdad es que la Comisión dirigía su acción contra los gobiernos: *vid.*, por ejemplo, la Sentencia de 19 de diciembre de 1961, *Comisión contra el Gobierno de Italia*, C-7/61).

respuesta a este interrogante, puesto que hay suficientes elementos de juicio que permiten hacerlo sin grave riesgo de equivocación.

2. La política de incumplimiento seguida por la Comisión y las razones que la han sustentado

Tenemos varios datos fehacientes que resultan expresivos, por un lado, de que la preocupación por estos incumplimientos judiciales viene de lejos y, por otro, de que la postura de la Comisión era claramente querida y consciente. Así, en las ya distantes fechas de 1967 y 1968, la Comisión responderá a sendas preguntas parlamentarias al respecto reconociendo expresamente que consideraba aplicable el proceso por incumplimiento al supuesto de los órganos jurisdiccionales estatales¹⁴. Poco más tarde, la Comisión explicitaría algo más por qué no había iniciado un proceso por incumplimiento, ya que, además del tono prudente con el que se enfrenta a las resistencias de los órganos judiciales estatales, hará referencia a un informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento en el que se afirmaba que tal vía podría afectar a la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo¹⁵.

Con posterioridad, la Comisión añadirá una matización: la vía de la demanda por incumplimiento sólo procedería si el no planteamiento de una cuestión prejudicial fuese el resultado de un «desconocimiento manifiesto o de una actitud deliberada»¹⁶. Y, resumiendo su posición, la Comisión llegará a afirmar que el proceso por incumplimiento «no constituye la base más apropiada para una cooperación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia» y, dado que este proceso no está concebido como un medio de revisión de sentencias de las jurisdicciones supremas nacionales, sólo procedería en el caso de negativa sistemática y deliberada a cumplir con el (entonces) art. 177 del Tratado¹⁷.

¹⁴ Se trata de las respuestas a las preguntas formuladas, respectivamente, por los parlamentarios Sres. Westerterp y Deringer, ambas referidas a la actitud jurisdiccional del *Conseil d'État* francés (DOCE, serie C, núm. 270, de 8 de noviembre de 1967, pgs. 2 a 4, y DOCE, serie C, núm. 71, de 17 de julio de 1969, pgs. 1 y 2).

¹⁵ La pregunta la había formulado nuevamente el Sr. Westerterp y también se refería a la actitud del *Conseil d'Etat* francés (DOCE, serie C, núm. 20, de 14 de febrero de 1970, pgs. 3 a 5).

¹⁶ Como en los casos anteriores, se trata de la respuesta escrita a una pregunta parlamentaria, en este caso planteada por el Sr. Krieg, y referida a la *Cour de Cassation* francesa (DOCE, serie C, núm. 28, de 31 de enero de 1979, pgs. 8 y 9).

En esta misma línea se había manifestado un poco antes el Abogado General WARNER, para quien era claro que no puede considerarse que un Estado ha incumplido sus obligaciones por la simple razón de que uno de sus tribunales hubiera adoptado una decisión errónea y que el recurso por incumplimiento sólo podría interponerse «en el caso en el que un Tribunal de un Estado miembro ignorase o contraviniese deliberadamente las disposiciones del Derecho comunitario» (Conclusiones de 28 de septiembre de 1977, en el asunto *Bouchereau*, C-30/77, finalizado por Sentencia de 27 de octubre de 1977).

¹⁷ Se trata de la respuesta a la pregunta del Sr. Thorn (DOCE, serie C, núm. 268, de 6 de octubre de 1983, pg. 25).

Es más, en 1986 el Sr. Delors, en nombre de la Comisión¹⁸, manifestó que, ante determinada interpretación del *Bundesfinanzhof* alemán, la Comisión había decidido iniciar la fase previa al procedimiento por incumplimiento. Sin embargo, la Comisión no llegaría a plantear formalmente el recurso judicial ante el Tribunal de Justicia.

En sus Informes relativos a 1985, 1986 y 1987, la Comisión insistirá en que el recurso por incumplimiento «no constituye la base más apropiada para una cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. Por ello, cuando las circunstancias lo permitan, la Comisión se esforzará en dichos casos [se refiere al supuesto de que las jurisdicciones nacionales ignoren el alcance y las condiciones del (entonces) art. 177 del Tratado] en conseguir que los Estados miembros, sin perjudicar a la independencia del Poder Judicial, garanticen el respeto del Derecho comunitario utilizando los medios de naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa de que disponen»¹⁹.

Lo hasta aquí relatado evidencia claramente que la inactuación por parte de la Comisión de este mecanismo de declaración de incumplimiento estatal –hasta ahora, se insiste– ha sido fruto de una bien meditada política comunitaria que manifiesta una buena dosis de contención y no beligerancia²⁰. Pero, como ha señalado con acierto GARCIA DE ENTERRÍA, la actitud de la Comisión es «expresión de una situación de prudencia puramente política, que puede –y probablemente debe– variar a medida que el grado de maduración del Derecho comunitario se incremente y asiente definitivamente»²¹.

Veamos a continuación si esta última advertencia, relativa a una posible variación de criterio, ha comenzado a materializarse.

3. La Sentencia Comisión contra Italia, de 9 de diciembre de 2003, ¿un cambio en esta materia?

Muy recientemente se ha producido por parte del Tribunal de Justicia la

¹⁸ En respuesta a una pregunta del Sr. Wogau (DOCE, serie C, núm. 137, de 4 de junio de 1986, pg. 7).

¹⁹ Así se recoge en su *Tercer Informe* relativo a 1985 (DOCE, serie C, núm. 220, de 1 de septiembre de 1986, pg. 27), en su *Cuarto Informe* relativo a 1986 (DOCE, serie C, núm. 338, de 16 de diciembre de 1987, pg. 33) y en su *Quinto Informe* relativo a 1987 (DOCE, serie C, núm. 310, de 5 de diciembre de 1988, pg. 43).

²⁰ BOULOUIS y DARMON han hablado de la preferencia de una asunción paulatina, aunque más tardía, sobre un conflicto frontal (*vid. su Contentieux communautaire*, Dalloz, Paris, 1977, pg. 269). También CALOT, tras analizar detenidamente la postura de la Comisión, llega a la conclusión de que ésta considera que, de otra manera, se podría perjudicar gravemente las buenas relaciones entre el Tribunal comunitario y los tribunales nacionales, relaciones éstas fundamentales para la construcción del Derecho comunitario (*vid. CALOT ESCOBAR, A., «El procedimiento por infracción del Derecho comunitario», en la obra colectiva Europako Elkasteke Zuzenbidea/Derecho comunitario*. Gobierno Vasco y CGPJ, Vitoria-Gasteiz, 1993, pg. 164).

²¹ «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *REDA*, núm. 103, 1999, pg. 408.

resolución de un recurso por incumplimiento que merece destacarse porque puede significar o anunciar un cambio de actitud de la Comisión (aunque aún sea pronto para asegurarlo): se trata de la Sentencia de 9 de diciembre de 2003²².

Procede resaltar inicialmente que la Comisión demanda a la República Italiana –y, se adelanta ya, el Tribunal de Justicia estimará el recurso– para que se declare el incumplimiento de las obligaciones comunitarias *por mantener en vigor en el ordenamiento italiano un determinado precepto legal que, tal como lo interpretan y aplican la Administración y los órganos jurisdiccionales, resulta contrario al Derecho comunitario*. Como se advierte inmediatamente, la formulación del objeto del recurso no es inequívoca (o puede ser ambigua, si se quiere) porque, junto a lo que parecería a primera vista el objeto inmediato del incumplimiento (el *precepto legal*) se añade inmediatamente la *interpretación operativa* realizada por los tribunales y la Administración italianos²³. En términos clásicos para la Teoría del Derecho, es la *norma* aplicada (el resultado de la atribución de sentido efectuada a la *disposición*) la que se tacha de contraria al Derecho comunitario²⁴.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia estima que la disposición legal debatida «es en sí misma neutra por lo que respecta al Derecho comunitario», razón por la cual su alcance habrá de determinarse teniendo en cuenta la interpretación que de ella hacen y aplican los órganos jurisdiccionales italianos. Para esta tarea, y con palmario carácter principal o de doctrina general para este y futuros casos, el Tribunal de Justicia entiende que no se deben tomar en consideración ni decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, ni una interpretación que hubiera sido desautorizada por el órgano jurisdiccional supremo; sin embargo, la «situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste»²⁵. Analizando

²² Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia, citada en último lugar en la nota 13.

²³ En este mismo sentido, el Abogado General GEELHOED en sus Conclusiones presentadas el 3 de junio de 2003, reconducía el problema a «si una *práctica jurídica nacional* permite declarar que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado», a efectos del art. 226 TCE (apd. 3, la cursiva está añadida).

²⁴ Para mayores precisiones al respecto, valga aquí con la remisión al claro y preciso análisis de EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, especialmente, pgs. 51 y ss.

²⁵ Sentencia *Comisión contra Italia*, cit., apds. 31 y 32. Añadiéndose a continuación que, en el caso de interpretaciones jurisprudenciales divergentes a tomar en consideración (según el criterio recogido en el texto), unas compatibles con el Derecho comunitario y otras no, «procede estimar que, como mínimo, esta legislación no es suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho comunitario» (apd. 33). *Vid.*, asimismo, las más elaboradas Conclusiones del Abogado General GEELHOED sobre los criterios que pueden permitir considerar que una jurisprudencia nacional que no se ajusta al Derecho comunitario constituya el fundamento de una declaración de incumplimiento, como son el carácter estructural de la jurisprudencia nacional, los efectos y el rango de las resoluciones y, por último, las consecuencias de dicha jurisprudencia (apds. 62 a 67).

en concreto el caso sometido a su enjuiciamiento, el Tribunal de Justicia fallará que la República Italiana ha incumplido sus obligaciones comunitarias al no modificar un determinado precepto legal que es interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales²⁶, incluida la *Corte suprema di cassazione*²⁷, «de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias».

En definitiva, se trata de un incumplimiento material del Derecho comunitario por la conculcación del *principio de efectividad*. Pero conviene reparar en un dato particularmente llamativo: a todo lo largo de la argumentación desplegada por el Tribunal de Justicia en esta Sentencia, en ningún momento se califica el mencionado incumplimiento de manifiesto, deliberado, patente o caracterizado (ni con cualquier otro término de similar connotación). Sí es cierto –como ya se ha señalado– que se trataba de una jurisprudencia estatal «significativa», pero tal calificación parece hacer referencia más a la relevancia de la misma, por ser diversos los pronunciamientos y estar avalados por la propia Corte Suprema, que al grado de incompatibilidad con el Derecho comunitario que constituía lo resuelto por los jueces italianos.

La referencia al mantenimiento o no modificación del precepto legal (que difumina un poco, ciertamente, el incumplimiento *judicial* que aquí interesa) se entiende mejor si tenemos en cuenta²⁸ que, a efectos de incumplimiento, el Estado se presenta ante el ordenamiento comunitario como una unidad (premisa básica sobre la que también se construye el sistema de responsabilidad por incumplimiento)²⁹, lo que comporta que, *frente a una*

²⁶ En las Conclusiones del Abogado General GEELHOED (apds. 59 y 60) se recogen interesantes consideraciones sobre el papel de los órganos jurisdiccionales nacionales inferiores, tanto en la aplicación correcta del Derecho comunitario (de los que se dice que «constituyen a la vez una garantía y un contrapoder en un Estado miembro en el supuesto de que otros órganos del Estado incumplan las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado»), como en la aplicación incorrecta del Derecho comunitario (en cuyo caso se sostiene que «un Estado miembro no puede invocar una impunidad contra un procedimiento por incumplimiento cuando la infracción de las obligaciones comunitarias sea imputable a una interpretación y aplicación incorrectas del Derecho comunitario por parte de los órganos jurisdiccionales»).

²⁷ Cuya interpretación se critica, argumentadamente, en el apd. 35 de la Sentencia.

²⁸ Como señala motivada y detenidamente el Abogado General GEELHOED en sus Conclusiones (apds. 50 a 61).

²⁹ En efecto, como es sabido –para el Tribunal de Justicia–, si en el ordenamiento jurídico internacional el Estado incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo, con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario, en el que todas las instancias del Estado están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas de Derecho comunitario que rigen directamente la situación de los particulares (Sentencia *Brasserie*, cit., apd. 34 y Sentencia *Köbler*, cit., apd. 32).

*jurisprudencia contraria al Derecho comunitario, siempre le cabe al legislador modificar la Ley estatal para evitar o corregir lo que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, es un incumplimiento, sin que tal actuación, además, menoscabe en nada la independencia judicial*³⁰.

Es cierto, en fin, que esta Sentencia formula un reproche nada velado a la opción interpretativa del órgano supremo judicial italiano, pero entreverado con una práctica administrativa también contraria al Derecho comunitario y con una inhibición del Legislador que han propiciado el incumplimiento; con lo que parece que no se pueda considerar un supuesto químicamente puro de recurso por incumplimiento de un órgano jurisdiccional supremo instado por la Comisión, aunque resulta, al menos, una innegable aproximación. Es de destacar, asimismo, que este posible primer caso de incumplimiento judicial, en cuanto al fondo de la cuestión (las dificultades para la devolución de un impuesto indebidamente pagado), tampoco parece un supuesto evidente o espectacular de incumplimiento, como podía haberse previsto de las justificaciones dadas por la Comisión, al respecto, durante tantos años y que ya nos son conocidas.

4. Autonomía del recurso por incumplimiento respecto de la responsabilidad del Estado

A los efectos que aquí interesan, conviene destacar la independencia o autonomía existente entre una declaración de incumplimiento seguida tras un proceso de este tipo instado ante el Tribunal de Justicia contra un Estado y la responsabilidad de ese mismo Estado por su incumplimiento del Derecho comunitario. Como se podrá apreciar a continuación, ambos supuestos se mueven en planos distintos.

Una mera constatación fáctica nos lo ratifica: la Sentencia *Köbler*, aunque cercana en el tiempo, es anterior a la Sentencia *Comisión contra Italia* (posible primer caso de declaración de incumplimiento estatal obtenida tras interposición de un recurso de este tipo a instancias de la Comisión, como se ha señalado). Es decir, la elaboración del principio de responsabilidad para estos casos se ha formado no a partir de un cambio en la jurisprudencia por incumplimiento, sino de manera autónoma o paralela (aunque casi coetánea, si se quiere).

Profundizando un poco más se advierte que la caracterización y los requisitos para la existencia de un incumplimiento del Estado por actuaciones judiciales son distintos de la caracterización y los requisitos para la existencia de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario (por parte de sus órganos judiciales). En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el incumplimiento que constituye el objeto de un recurso de este tipo y el incumplimiento que constituye la premisa para una eventual generación de la responsabilidad del Estado son diferentes (porque responden a lógicas y planteamientos distintos). Así, de

³⁰ *Vid.* Conclusiones del Abogado General GEELHOED cit., apds. 56 y 61.

manera destacada tenemos que, a efectos de calificar como incumplimiento estatal, la construcción jurisprudencial de *Comisión contra Italia* (que acabamos de analizar) descarta explícitamente que una única resolución judicial pueda constituirlo, sino que, bien al contrario, requiere una interpretación jurisprudencial *significativa* y no *desautorizada*; mientras que la construcción jurisprudencial de *Köbler* (que veremos a continuación) admite expresamente que *una* resolución judicial que resuelva en última instancia puede acarrear la responsabilidad del Estado.

Finalmente debe recordarse que si desde *Francovich* se deducía que no era necesaria la previa declaración de incumplimiento (ni en proceso *ad hoc*, ni indirectamente como resultado de una cuestión prejudicial) para constatar la existencia de responsabilidad por incumplimiento, ya en *Brasserie* se estableció expresamente tal circunstancia, justificándolo en que, si no, iría contra el principio de efectividad del Derecho comunitario³¹.

Lo que, en cualquier caso, también resulta evidente es que el mecanismo de la responsabilidad compensa las consecuencias más negativas que podían derivarse de la política de no activación del recurso por incumplimiento largamente sostenida por la Comisión. Dicho de otra manera, aunque la doctrina *Köbler* no requiere modificación de la política comunitaria sobre incumplimiento judicial, obviamente, si ésta cambia en la dirección apuntada, aquélla se verá reforzada³²; y, en todo caso, parece lógico prever que el incumplimiento estatal por actuaciones jurisdiccionales, expresamente declarado en proceso *ad hoc*, favorecerá la efectiva aplicación del principio de la responsabilidad estatal por este motivo (aunque, se insiste, sean dos dinámicas jurídicas autónomas).

III. LA CONSTRUCCIÓN (JURISPRUDENCIAL) DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR PARTE DE SUS ÓRGANOS JUDICIALES

1. Consideraciones previas

Antes del análisis detenido de la doctrina más general que pudiera despren-

³¹ Sentencia *Brasserie*, cit., apd. 95. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de reconocer que una Sentencia previa declarativa del incumplimiento constituirá un elemento determinante en cuanto a la existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario (apd. 93).

³² Puede resultar significativo que el Abogado General GEELHOED, en sus Conclusiones (apds. 2 y 3) —que se presentaron unos meses antes de que el Tribunal de Justicia pronunciasse su Sentencia *Köbler*—, relacionase el asunto en el que estaba interviniendo (*Comisión contra Italia*, citado) con *Köbler* y con *Kühne* (asunto, este último, en el que el Abogado General LÉGER ya había presentado sus Conclusiones el 17 de junio de 2003 y que sería resuelto, posteriormente, en la Sentencia de 13 de enero de 2004, C-453/00), planteándolos todos ellos como «las consecuencias que procede atribuir a una jurisprudencia nacional que no se ajusta a las disposiciones del Derecho comunitario originario y derivado tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia».

derse de la Sentencia *Köbler*, debemos formular algunas observaciones previas. Así, hay que resaltar que, *también ahora*, la previsión, determinación y fijación de los requisitos de este nuevo supuesto de responsabilidad por incumplimiento corre íntegramente a cargo del Tribunal de Justicia³³.

También hay que reconocer que, por parte de la doctrina, tampoco se habían ofrecido elaboradas aportaciones, sino que más bien los autores se limitaban a señalar la mera posibilidad de tal supuesto de incumplimiento, con genéricas reservas o advertencias sobre la complejidad del supuesto o lo delicado de la hipótesis. Así, podemos rastrear alguna referencia aislada antes de *Francovich*; algunas más, después de esta Sentencia; y, ya con mayor decisión y seguridad, otras más numerosas tras *Brasserie*, vista sobre todo su solemne proclamación de que el principio de la responsabilidad estatal «es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, *independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento*»³⁴.

³³ Y así como en *Brasserie* (no, por cierto, en *Francovich*), para hacer frente, no tanto a posibles tachas de activismo judicial, cuanto sobre todo al peligro que supondría dejar la solución en manos de cada Derecho estatal, el Tribunal de Justicia justificó su acabada construcción conceptual con un fundamento *ad hoc* —«A falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, *corresponde al Tribunal de Justicia* en el ejercicio de la misión que le confiere el art. 164 del Tratado (ahora art. 220 TCE), consistente en garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado, pronunciarse sobre tal cuestión según los métodos de interpretación generalmente admitidos, recurriendo, en particular, a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros» (apd. 27, la cursiva está añadida)—, en *Köbler* no considerará necesario, sin embargo, reiterar esta justificación.

³⁴ S. *Brasserie*, cit., apd. 32, la cursiva está añadida.

Así, antes de la mencionada Sentencia *Francovich*, se debe destacar, ante todo, lo dicho ya en el año 1975 por el propio Tribunal de Justicia en unas sugerencias suyas sobre la futura Unión Europea, donde, para otorgar una «garantía apropiada» a los derechos de los particulares en caso de incumplimiento del mecanismo prejudicial previsto en el (actual) art. 234 TCE, indicaba que ello podía conseguirse «por medio, bien de un recurso ante el Tribunal de Justicia para las partes en lo principal o de un procedimiento obligatorio de incumplimiento o *de una acción de reparación contra el Estado de que se trata por la demanda de la parte perjudicada*» («Sugerencias de la Cour de Justice sur l'Union européenne», en *Bull. Com. Europ.*, suplemento 9/75, pgs. 18 y 19, la cursiva está añadida). Entre nosotros, pioneramente, lo señaló GARCÍA DE ENTERRÍA, aunque planteándolo con fundamento último en el art. 121 CE, desarrollado por el Título V de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*vid.* su trabajo «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos», en la obra colectiva dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, vol. I, pg. 710). También lo dejó apuntado PESCATORE, en «Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE», en la obra colectiva dirigida por RODRÍGUEZ IGLESIAS y LINÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pg. 58 (que es una traducción de un trabajo suyo anterior a la Sentencia *Francovich*, razón por la que se menciona aquí y no en el párrafo siguiente).

Después de *Francovich*, yo mismo me permití señalar que esta hipótesis «es, probablemente, la más difícil en el actual estado de integración de los ordenamientos comunitario

Por último, no se detallarán aquí las circunstancias concretas del caso –bien complicadas, por cierto– que llevaron a un Tribunal austriaco a solicitar la intervención prejudicial interpretativa del Tribunal de Justicia y de la solución dada al mismo en sus respuestas³⁵, sino que centraremos la atención en lo que de genéricamente válido para el supuesto de la responsabilidad por incumplimiento de un órgano judicial estatal tiene la doctrina establecida en la Sentencia *Köbler*.

En primer lugar podemos destacar la disparidad de posiciones a la hora de admitir este nuevo supuesto de responsabilidad estatal por incumplimiento manifestada por los intervinientes en el proceso ante el Tribunal de Luxemburgo. La República y el Gobierno austriacos, así como los gobiernos francés y del Reino Unido, rechazaban la posibilidad misma de este nuevo supuesto; los gobiernos alemán y holandés lo aceptaban con limitaciones; y, en el mismo sentido, la propia Comisión defenderá que sólo se admita cuando el órgano judicial abuse manifiestamente de sus facultades o menoscabe visiblemente el sentido y el alcance del Derecho comunitario. El Abogado General LÉGER³⁶ propondrá una generosa aceptación del principio, ma-

y estatales, pero tampoco se advierte razón alguna para que, al menos en el plano teórico, se deba desechar en este supuesto (el del incumplimiento judicial del Derecho comunitario) el principio de la responsabilidad estatal», añadiendo un poco más adelante que «tras la Sentencia *Francovich* ha dejado de ser sólo una docta lucubración» (COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho Comunitario...*, cit., pgs. 101 y 105, respectivamente). También para GEIGER el deber de indemnizar surge «en su caso, por la actuación del Poder Judicial contraria al ordenamiento comunitario», aunque señalando en nota que es una cuestión «poco clara» [«La responsabilidad de los Estados por la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Derecho Comunitario», en la obra colectiva dirigida por BARNÉS, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. (La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado)*, Tecnos, Madrid, 1995, pg. 882]. Afirma, de pasada, la responsabilidad por incumplimiento del Poder Judicial SCHOKWEILER, F., en «La responsabilidad...», cit., pg. 42. Asimismo, el Abogado General LÉGER, en sus Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995 (en el asunto *Hedley Lomas*, C-5/94, que finalizó con Sentencia de 23 de mayo de 1996), se refiere a la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario debido «incluso a una jurisprudencia incompatible con el Tratado», aunque añadiendo en nota que ello «no dejará de plantear problemas de orden constitucional» (apd. 114).

Tras *Brasserie*, la posibilidad parecía a todos aún más clara, como ya se ha dicho en el texto. Valga, entonces, la remisión a GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., pgs. 545 y ss.

³⁵ Porque nos exigirían una pormenorización y detalle –incluida la referencia a la actuación previa en el asunto, un tanto confusa, del propio Tribunal de Justicia– que nos desviaría demasiado de lo que ahora interesa. Sobre la decisión interpretativa final, ya se ha dicho *supra* (en la nota 5) que fue la de considerar que la Sentencia del *Verwaltungsgerichtshof*, pese a su incumplimiento del Derecho comunitario –pero por no tener el carácter de manifiesto–, no había originado la responsabilidad del Estado austriaco; lo que, por cierto, ha merecido la crítica del Abogado General RUIZ-JARABO, plasmada en sus conclusiones presentadas el 11 de diciembre de 2003, en el asunto *Rechio*, C-30/02, en donde considera que, con ello, se ha incidido gravemente en la competencia soberana del Juez nacional para resolver el proceso principal.

³⁶ En sus Conclusiones, presentadas el 8 de abril de 2003.

tizada sólo por los supuestos de error inexcusable de Derecho. Finalmente, el Tribunal de Justicia admitirá genérica aunque limitadamente la responsabilidad en estos casos, resaltando –a la hora de su apreciación efectiva por el órgano judicial competente de cada Estado– que, en razón de la especificidad que presenta la función jurisdiccional (respecto de los restantes supuestos de incumplimiento hasta ahora admitidos), la violación del Derecho comunitario debería presentar un carácter manifiesto. Todo ello en los términos que a continuación iremos pormenorizando debidamente.

Para respetar también el orden y la metodología establecidos por el Tribunal de Justicia en su argumentación, en un primer momento analizaremos el fundamento de la admisión de la responsabilidad por incumplimiento en este caso: tanto los argumentos *en positivo* (esto es, a favor de su admisión), como *en negativo* (esto es, refutando las objeciones planteadas). En un segundo momento veremos las especificidades que resulta obligado introducir en atención al tipo de incumplimiento (el judicial, precisamente) del que se predica la responsabilidad estatal.

2. Los argumentos que sustentan la construcción

Como era lógico y previsible, el despliegue argumental a realizar en *Köbler* por el Tribunal de Justicia no podía (ni debía) prescindir de lo establecido en su abundante jurisprudencia previa sobre la responsabilidad estatal por incumplimiento. Así, su punto de partida lo constituirá el «protoprincipio» establecido desde los comienzos y reiterado sin fisuras durante estos doce años: «el principio de la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables es inherente al sistema del Tratado»³⁷; reforzado además por la afirmación general efectuada en *Brasserie* –y que ha quedado ya recogida un poco más arriba en el texto– sobre la validez de tal principio con independencia de cuál sea el órgano incumplidor³⁸.

A partir de aquí, la argumentación comienza a discurrir por derroteros más originales, al atender al papel jugado por los órganos judiciales nacionales con respecto a la aplicación del Derecho comunitario, especialmente en lo relativo a la protección de los derechos de los particulares reconocidos en las normas comunitarias. Así, el Tribunal de Justicia afirmará sin ambages que si los particulares no pudieran obtener una indemnización cuando, en determinadas condiciones, sus derechos resultasen lesionados por una viola-

³⁷ Sentencia *Köbler*, cit., apd. 30, con cita no sólo de *Francovich* y *Brasserie*, sino también de *British Telecommunications* (Sentencia de 26 de marzo de 1996, C-392/93), *Hedley Lomas*, cit., *Dillenkofer* (Sentencia de 8 de octubre de 1996, C-178, 179 y 188 a 190/94), *Norbrook* (Sentencia de 2 de abril de 1998, C-127/95) y *Haim* (Sentencia de 4 de julio de 2000, C-424/97).

³⁸ Apoyada entonces y ahora en el argumento comparativo de la responsabilidad de los Estados en el ordenamiento jurídico internacional, sea quien fuere el poder estatal que hubiera incumplido la obligación internacional contraída (Sentencia *Köbler*, cit., apds. 31 y 32).

ción del Derecho comunitario imputable a una resolución judicial que resolviese en última instancia, se mermaría la plena eficacia de las normas comunitarias y se reduciría la protección de los derechos en ellas reconocidos; por tanto, en caso de resoluciones judiciales firmes de este tipo, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado para obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos conculcados³⁹.

Tampoco tendrá empacho el Tribunal de Justicia en reforzar sus argumentos con el «comparatista», esto es, señalando que la responsabilidad estatal por resoluciones judiciales está aceptada –de una u otra forma y aunque sea en condiciones restrictivas y heterogéneas– por la mayoría de los Estados miembros. E incluso traerá a colación el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la práctica aplicativa del mismo por parte del Tribunal de Estrasburgo, donde se contempla el mecanismo de condena a un Estado que haya violado un derecho fundamental garantizado en el Convenio de Roma, obligándole a reparar los daños ocasionados al afectado también cuando la violación se deriva de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia⁴⁰.

Afirmada, entonces, tan rotundamente la vigencia del principio de la responsabilidad estatal también en este supuesto, el hilo argumental subsiguiente irá encaminado a desmontar las objeciones intentadas contra su admisión y que no son sino las clásicamente formuladas siempre que se plantea la cuestión de la posible responsabilidad por actuaciones judiciales: la fuerza de cosa juzgada y la independencia y la autoridad de los jueces. Respecto de la primera, el Tribunal de Justicia reconoce expresamente su importancia para garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, así como la necesidad de que no puedan impugnarse resoluciones judiciales que hubieran ganado firmeza. Sin embargo, el mecanismo de la responsabilidad no cuestiona por sí mismo la fuerza de cosa juzgada, porque –como con acierto destaca el Tribunal de Justicia– un procedimiento de responsabilidad no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución dañosa: la pretensión indemnizatoria no requiere necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial lesiva. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario –concluirá el Tribunal de Justicia– exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial dañosa⁴¹.

Este último argumento lo podemos comprender más fácilmente desde la

³⁹ Sentencia *Köbler*, cit., apds. 33 y 34. A lo que añade el argumento complementario de la obligación que tienen precisamente los órganos judiciales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno de plantear la correspondiente cuestión prejudicial de Derecho comunitario (apd. 35).

⁴⁰ Sentencia *Köbler*, cit., apds. 48 y 49.

⁴¹ Sentencia *Köbler*, cit., apd. 39.

experiencia del ordenamiento español de responsabilidad por error judicial⁴². En efecto, el reconocimiento en proceso judicial *ad hoc*⁴³ de la existencia de un error judicial permitirá obtener una indemnización, pero deja incólume la resolución judicial firme declarada errónea y dañosa; y ello porque la lógica y la finalidad de este nuevo proceso no es la propia de los recursos procesales sino exclusivamente la de la reparación del perjuicio ocasionado por una resolución judicial inmodificable. Es más, en un caso en el que, instado el proceso de declaración de error judicial ante el Tribunal Supremo, respecto de una Sentencia judicial previa ya firme, se concedió la suspensión cautelar de la ejecución de dicha resolución judicial, el Tribunal Constitucional –ante el que se había llevado en amparo tal suspensión por la parte perjudicada por esta medida cautelar (y beneficiada por la Sentencia que se reputaba errónea)– reaccionó muy contundentemente, considerando la resolución judicial que ordenó tal suspensión como conculcadora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas⁴⁴.

Volviendo a la construcción *Köbler*, la siguiente objeción que combatirá el Tribunal de Justicia es la relativa a la independencia y autoridad judiciales. Tampoco le parecerá éste argumento obstativo suficiente para la aceptación de la responsabilidad estatal por incumplimiento judicial, puesto que no se refiere a la responsabilidad personal del Juez y porque tampoco advierte riesgos particulares para la independencia del órgano judicial que resuelve en última instancia por el hecho de que el Estado, en determinadas condiciones, deba resarcir el daño. Asimismo, para el Tribunal de Justicia no tiene por qué verse como un demérito de la autoridad judicial la posibilidad de una indemnización sino que, por el contrario, bien puede considerarse como la confirmación de la calidad del ordenamiento jurídico⁴⁵.

Finalmente, el Tribunal de Justicia debe afrontar la objeción planteada por algunos Estados relativa a la inexistencia (en sus ordenamientos internos) de un órgano jurisdiccional que tenga atribuida la competencia para declarar una responsabilidad de este tipo. Como tantas veces ha hecho el Tribunal de Justicia ante objeciones de similar porte planteadas por los Estados frente a deberes y obligaciones «nuevos» surgidos desde el Derecho comunitario y para los que sus sistemas jurídicos nacionales pueden no estar preparados, también en este caso dirá que es a los Estados a quienes les corresponde arbitrar la vía adecuada para permitir la efectividad del principio comunitario –no pudiendo quedar comprometido éste por la inexistencia de un foro (estatal) competente– y que, mientras no haya una normativa

⁴² Que, como es sabido, se asienta en el desarrollo que de la previsión constitucional al respecto (art. 121 CE) hizo la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en su Título V (arts. 292 a 297) y que el Tribunal Supremo inmediatamente comenzó a aplicar.

⁴³ Diferente es el caso, sin embargo, del recurso extraordinario de revisión, en el que también se puede obtener una indemnización por esta causa (art. 293.1 LOPJ).

⁴⁴ Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1995, de 13 de febrero.

⁴⁵ *Vid.* la Sentencia *Köbler*, cit., apds. 42 y 43.

comunitaria al respecto, procede la aplicación del conocido principio (también comunitario) de la autonomía procedimental e institucional⁴⁶. Para el ordenamiento español –como más adelante se detallará– esta objeción no resulta de entidad, puesto que la regulación sobre responsabilidad por error judicial ya lo ha previsto expresamente.

3. Los requisitos específicos para este supuesto

Señalado lo anterior, que constituye el grueso de la construcción (esto es, la aplicación del principio de la responsabilidad estatal a este tipo de incumplimientos), le correspondía al Tribunal de Justicia elaborar a continuación el matiz, atender a la peculiaridad del supuesto –que, como ya sabemos, no se le había presentado hasta ese momento– y, en consecuencia, fijar las directrices para su posterior aplicación por los órganos judiciales de cada Estado, que serán en definitiva los llamados a hacer efectivo este principio del Derecho comunitario.

Los tres requisitos establecidos desde un primer momento para que un Estado resulte obligado a reparar los daños causados a un particular por una violación del Derecho comunitario siguen resultando válidos y aplicables a esta modalidad de incumplimiento: 1^º) que la norma comunitaria conculcada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; 2^º) que la violación esté suficientemente caracterizada; y 3^º) que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño. Estos tres requisitos tienen el carácter de *suficientes* para comprometer la responsabilidad estatal, sin perjuicio de que el Derecho de cada Estado pueda resultar más favorable. Lo que en ningún caso puede hacer un Estado es tratar más desfavorablemente una pretensión indemnizatoria de este tipo que otra basada en su Derecho interno, ni hacerla en la práctica imposible o excesivamente difícil de obtener (*principios de equivalencia y efectividad*)⁴⁷.

Como era de prever, las peculiaridades vienen en la determinación del segundo de los requisitos, es decir, en la adaptación a la función jurisdiccional (con sus exigencias de seguridad jurídica) del famoso y debatido concepto de «violación suficientemente caracterizada». Y aquí el Tribunal de Justicia manifestará de manera inmediata una postura inicialmente restrictiva: la responsabilidad del Estado sólo podrá exigirse «en el caso *excepcional* de que el Juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable»⁴⁸. Y para enjuiciar si se ha producido esta mencionada infracción *manifiesta* del Derecho comunitario, el Juez nacional llamado a resolver una demanda de este tipo deberá tener en cuenta *todos* los elementos propios del caso concreto y, *en particular*, los siguientes: a) el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada; b) el carácter intencional de la infracción; c) el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho; d) la posición adoptada, en su caso,

⁴⁶ Sentencia *Köbler*, cit., apds. 45, 46 y 47.

⁴⁷ Sentencia *Köbler*, cit., apds. 51, 52, 57 y 58.

⁴⁸ Sentencia *Köbler*, cit., apd. 53, la cursiva está añadida.

por una Institución Comunitaria; y e) el incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial⁴⁹.

Si prescindimos ahora del último de estos elementos y nos fijamos en los cuatro primeros, de inmediato se aprecia que son exactamente los mismos que el Tribunal de Justicia precisó en *Brasserie*⁵⁰ para los supuestos en los que los Estados disfrutaran de una amplia facultad de apreciación en su actuación (y, en consecuencia, la violación tuviera que ser «suficientemente caracterizada»), pero que en la jurisprudencia posterior ha ido perdiendo esa conexión con el mencionado margen de apreciación (estatal), para constituirse en referente de *todos los casos de incumplimiento estatal* del Derecho comunitario, como ahora se ratifica con este nuevo y específico supuesto⁵¹.

De los elementos transcritos parece evidente, para el caso que nos ocupa, la relevancia de los relativos a la claridad de la norma comunitaria vulnerada y a la excusabilidad del error de Derecho. El primero se inserta en el núcleo de la actividad jurisdiccional propia de los órganos judiciales, por cuanto que la aplicación del Derecho (comunitario, en nuestro caso) implica una interpretación de las disposiciones (estatales y/o comunitarias) para la resolución del litigio planteado. Como con carácter general ocurre con el lenguaje legal, el significado atribuible a una o unas disposiciones puede no resultar unívoco, sino discutido y discutible (bien por los términos o expresiones utilizados, bien por el contexto normativo en que se emplean, bien por su adecuación o coherencia con las finalidades perseguidas)⁵². Además, debe tenerse en cuenta que para la aplicación del Derecho comunitario existen interpretaciones propias o autónomas de este ordenamiento (el «concepto comunitario de», tantas veces recordado por el Tribunal de Justicia), que en ocasiones son diferentes de sus homónimas en los ordenamientos estatales (si es que existen). Ahora bien, en todo caso conviene formular una advertencia: que alguna disposición comunitaria sea susceptible de *diversas* interpretaciones (todas ellas razonables y justificables) tampoco quiere decir que *cualquier* interpretación valga. Dicho de otra manera, que una disposición no resulte clara, sino con discusiones o dificultades inter-

⁴⁹ Sentencia *Köbler*, cit., apds. 54 y 55.

⁵⁰ Procediendo así, como es sabido, a la unificación de los principios del régimen de la responsabilidad extracontractual de los Estados y de las propias Instituciones Comunitarias, que desde *Francovich* se habían diferenciado (diferenciación inicial que pudo suscitar ciertos recelos al establecer, en definitiva un sistema más «duro» o exigente para los Estados que para las Instituciones comunitarias; *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario...*, cit., pgs. 39 y ss.).

⁵¹ Evolución interpretativa del Tribunal de Justicia que fue prontamente destacada entre nosotros por GUICHOT REINA, E., en «El margen de apreciación como fundamento y como criterio de la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario. ¿Una vía adecuada?», en *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 127, 1997, especialmente, pg. 21.

⁵² Para una aproximación a todos los complejos problemas que presenta la interpretación legal, valga aquí con la remisión al clarificador trabajo de IGARTUA SALAVERRIA, J., *Teoría analítica del Derecho (La interpretación de la Ley)*, IVAP, Oñati, 1994.

pretativas, no excluye *a radice* la posibilidad de calificar de infracción manifiesta una interpretación que resulte absolutamente fuera del ámbito interpretativo comúnmente admitido según las reglas hermenéuticas compartidas por los juristas⁵³. 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).

Estas últimas reflexiones nos conectan de manera natural con la cuestión de la inexcusabilidad del error, puesto que, aunque una norma pueda resultar discutida y discutible, si ha sido ya fijada con suficiente determinación por el Tribunal de Justicia los órganos jurisdiccionales estatales no podrán ignorarla. De ahí que *en todo caso* habrá infracción del Derecho comunitario susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado cuando sus órganos judiciales dicten una resolución «con desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia»⁵⁴. O sea, habrá infracción *manifiesta* del Derecho comunitario cuando se ignore de manera *manifiesta* la jurisprudencia comunitaria; con lo que, dada la falta de precisiones a este respecto, tendrán que analizarse las circunstancias del caso concreto para advenirlo⁵⁵.

Tenemos a continuación el criterio de la intencionalidad de la infracción. La hipótesis de un órgano judicial competente para decir la última palabra sobre una cuestión litigiosa que, intencionadamente (en sentido fuerte), infrinja una norma de Derecho comunitario se hace, en principio, bastante difícil de imaginar⁵⁶. Únicamente resultaría más operativa si hubiese que incluir en este caso los supuestos de diferencias interpretativas (o de «rebel- día») de algunos órganos jurisdiccionales frente a la fuerza aplicativa del ordenamiento comunitario, que en el pasado es cierto que ha habido, pero

⁵³ Entiéndase esta observación únicamente a los efectos de no descartar automáticamente la responsabilidad por incumplimiento en el caso de una disposición comunitaria poco clara.

⁵⁴ Como se encarga de explicitar también el Tribunal de Justicia (Sentencia *Köbler*, cit., apd. 56).

⁵⁵ De todos modos quizás se pudiera avanzar algo a partir de los propios términos lingüísticos usados por la Sentencia, puesto que el utilizado originalmente en la lengua de trabajo del Tribunal de Justicia –como es *méconnaissance*– podría indicarnos más que una pura y simple ignorancia cognitiva (el Juez no sabía que existía una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo que interpretaba de determinada manera el objeto del asunto que tenía que resolver), un cierto componente positivo o de rechazo, por las razones que fueran, a una solución comunitaria existente para el caso (y a la que ha podido tener acceso el Juez). Aunque también es cierto que este *plus* nos acercaría al siguiente criterio o elemento señalado por el Tribunal y que se menciona en el texto seguidamente.

⁵⁶ A salvo siempre los excepcionalísimos supuestos de delito. Con nuestras categorías, se trataría de la prevaricación judicial de los arts. 446 y ss. del CP (hasta ahora inaplicada a los miembros de un órgano colegiado).

cuyo elemento subjetivo (el de la intencionalidad, se entiende) será bastante difícil de probar.

A diferencia del incumplimiento de una Administración o incluso del propio Legislador estatal, la relevancia del criterio relativo a la actuación previa de alguna Institución comunitaria⁵⁷ sería mucho menor en el ámbito que aquí nos ocupa –según alguna destacada opinión⁵⁸–, puesto que los tribunales nacionales no suelen estar implicados en estas actuaciones como para que se les pudiera inducir a una determinada interpretación del Derecho comunitario por una actuación previa de una Institución comunitaria. Ahora bien, sin perjuicio –se insiste– de lo que los casos concretos nos vayan deparando y desvelando, quizás convenga recordar aquí que, junto con el requisito de las gravosas consecuencias económicas, el Tribunal de Luxemburgo también ha tenido en cuenta, para limitar en el tiempo los efectos de sus sentencias interpretativas del Derecho comunitario, el criterio de la existencia de un estado de incertidumbre objetiva, en el sentido de que fuera razonable entender que no se estaba incumpliendo el Derecho comunitario. En efecto, para limitar excepcionalmente los «naturales» efectos retroactivos de una Sentencia dictada en una cuestión prejudicial de interpretación que declara la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una determinada regulación, el Tribunal de Justicia ha admitido diversos criterios en el sentido recién expresado, pero todos ellos reconducibles bien a *actuaciones u omisiones de las Instituciones comunitarias que hubieran inducido a algunos comportamientos contrarios al Derecho comunitario*, bien a una situación de incertidumbre sobre el significado de las disposiciones comunitarias de las que la interpretación que luego se considera incompatible con el Derecho comunitario (por la Sentencia prejudicial interpretativa, precisamente) podría calificarse de razonable⁵⁹. Se quiere señalar con ello que este criterio de la posición adoptada por alguna Institución comunitaria tiene relevancia para el Tribunal de Justicia a la hora de limitar los efectos temporales de una Sentencia suya de interpretación del Derecho comunitario, criterio que incluso ha ampliado a sentencias de incumplimiento contra un Estado⁶⁰. Repárese, entonces –porque esto es lo más decisivo para lo que aquí inte-

⁵⁷ Parece que se está pensando, señaladamente, en la Comisión; aunque tampoco aquí conviene rechazar radicalmente toda otra hipótesis.

⁵⁸ Como es la apuntada por el Abogado General LÉGER en sus Conclusiones citadas a la Sentencia *Köbler* (apd. 155).

⁵⁹ De esta cuestión me he ocupado *in extenso* en otro lugar, a donde ahora me permito remitir (*vid.* COBREROS MENDAZONA, E., «Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario», en esta *Revista*, núm. 4, 2002, pgs. 631 y ss.); allí podrán encontrarse, pormenorizadamente, los supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha considerado que concurría este requisito (y los que no) a efectos de establecer una limitación temporal a su interpretación (pgs. 639-640, en nota).

⁶⁰ *Vid.* la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, *Comisión contra Francia*, C-35/97, apds. 47 a 53; la Sentencia de 12 de septiembre de 2000, *Comisión contra Reino Unido*, C-359/97, apds. 88 a 96; y la Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Comisión contra Francia*, C-426/98, apds. 40 a 43. Al respecto, *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., «Las sentencias prospectivas...», *cit.*, pgs. 640-641, en nota.

resa-, que una limitación de los efectos retroactivos implica *per se* excluir la eventual responsabilidad de un Estado por su incumplimiento, *hasta* el momento de dictarse tal Sentencia⁶¹. Resultado de todo ello será que una actuación (u omisión) de una Institución comunitaria, sin eliminar la existencia del incumplimiento, puede ser causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado, si es que el Tribunal de Justicia así lo establece (ya que sólo él puede disponer tal limitación de los efectos temporales de sus sentencias, nunca los Estados).

Nos queda, en fin, el último elemento –al que, obviamente, el Tribunal de Justicia no había hecho referencia hasta esta Sentencia–, que no es otro sino el incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial que, tal y como está diseñado desde sus orígenes, exclusivamente se puede predicar de un «órgano judicial» (según el concepto comunitario del mismo acuñado por el propio Tribunal de Justicia) y que sea, además, el que resuelva en última instancia. Sobre este último aspecto⁶² conviene recordar las diversas interpretaciones de que ha sido objeto. Así, la referencia al órgano jurisdiccional «cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno» (que es la conocida dicción literal del último párrafo del art. 234 TCE), para unos debía considerarse en términos abstractos u orgánicos, como el equivalente a la cúspide de la organización judicial del Estado (exclusivamente nuestro Tribunal Supremo, para entendernos); mientras que, para otros, debía entenderse en términos del litigio concreto de que se trate, con lo que la obligación de plantear la cuestión prejudicial sería referible a la última instancia judicial competente para conceder del asunto planteado, con independencia de su posición jerárquica en el entramado judicial. Esta última interpretación es por la que se ha decantado el Tribunal de Justicia en la reciente Sentencia *Lyckeskog*⁶³. Entiéndanse, pues, en tal sentido todas las referencias que aquí aparezcan al «órgano que resuelva en última instancia».

Ya se ha mencionado anteriormente la importancia que se le otorga a este mecanismo –o, mejor todavía (para lo que aquí interesa), la relevancia que tiene para las Instituciones comunitarias que un órgano jurisdiccional que debía haber planteado una cuestión prejudicial no lo hubiera hecho–; sin embargo, en la elaboración jurisprudencial en que consiste *Köbler* no se aporta precisión ulterior alguna para la determinación de cuándo existe

⁶¹ Cosa que ya adelanté y traté de justificar en «Las sentencias prospectivas...», cit., pgs. 646-647.

⁶² *Vid.* el preciso resumen de la cuestión que hace ALONSO GARCÍA, R., en *El Juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pgs. 226 y ss.

⁶³ Sentencia de 4 de junio de 2002, C-99/00, en donde razona que el objetivo principal de la obligación de remisión judicial establecido en el art. 234 TCE –que no es sino impedir que en un Estado miembro se consolide una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario– se alcanza cuando quedan sujetos a esta obligación de remisión *los Tribunales Supremos «así como cualesquiera órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial»* (apd. 15, el subrayado está añadido).

para este supuesto una infracción *manifiesta* del Derecho comunitario (constitutiva de una violación suficientemente caracterizada del mismo y, en consecuencia, generadora de la responsabilidad estatal, como tantas veces se ha dicho). El Abogado General LÉGER sí se extendió algo más sobre este punto⁶⁴, señalando que el mecanismo prejudicial comunitario sirve, en primer lugar, como garantía de la aplicación uniforme del Derecho comunitario; sirve, también, para la protección efectiva de los derechos establecidos en el Derecho comunitario a favor de los particulares; y, finalmente, se inserta en la garantía judicial clásica consistente en el «derecho al juez»⁶⁵. De todo ello concluirá que es lógico y razonable considerar que el incumplimiento *manifiesto* de una obligación de plantear la cuestión prejudicial para una jurisdicción suprema es, por sí mismo, susceptible de originar la responsabilidad estatal⁶⁶. Pero, como se advierte, tampoco con ello se aportan mayores concreciones para la determinación de cuándo, cómo o por qué es «manifiesto» este incumplimiento, lo que parece quedar un poco al albur de lo que cada caso concreto revele.

Ahora bien, aunque la omisión del deber de solicitar la interpretación autorizada del Derecho comunitario sea uno de los elementos o criterios para caracterizar como manifiesta la infracción, no se debe olvidar que, además, habrá que establecer el nexo de causalidad entre dicha omisión y el daño efectivamente producido⁶⁷, esto es, que el no planteamiento de la cuestión prejudicial haya sido, precisamente, lo que ha causado el daño en los derechos reconocidos por el Derecho comunitario. A este propósito, el concepto cada vez más admitido de la «pérdida de oportunidades procesales» como daño indemnizable⁶⁸, parece que podría tener aquí un campo abonado de aplicación⁶⁹.

⁶⁴ En sus Conclusiones cit., apds. 144 a 148.

⁶⁵ Ordinario y predeterminado por la Ley, añadiríamos para expresarlo con nuestros términos constitucionales (art. 24.2 CE). Como refuerzo de su argumentación, el Abogado General trae a colación tanto jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (sobre el alcance de la cuestión prejudicial en relación con el art. 6.1 CEDH) como jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (sobre esta misma cuestión, pero con respecto al art. 101 de la Constitución alemana).

⁶⁶ Conclusiones cit., apd. 148.

⁶⁷ Dificultad de la que se hace eco el Abogado General LÉGER en sus Conclusiones cit., apd. 151, y que yo mismo me permití señalar al hablar de este incumplimiento «formal» (como lo denominé en *Incumplimiento del Derecho comunitario...*, cit., pg. 105).

⁶⁸ Al que también se refiere el Abogado General Léger en sus Conclusiones cit., apd. 150.

⁶⁹ Este concepto indemnizatorio fue admitido por primera vez (salvo error) por parte del Consejo de Estado (importado de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en su Dictamen 1604/1993, de 3 de febrero de 1994 (*vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998, pg. 61) y en la actualidad lo sigue utilizando con asiduidad. En la Jurisdicción Civil ha sido asumido por el Tribunal Supremo desde 1996 (*vid.* su Sentencia de 20 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3793]), en todos los casos al tratar de actuaciones u omisiones de Abogados o Procuradores, es decir, en el marco de la responsabilidad contractual.

Por otro lado, como la cuestión prejudicial está al servicio de la correcta aplicación del Derecho comunitario, habrá tenido que producirse una incorrecta aplicación (un incumplimiento «material») del mismo, además de una mera omisión del planteamiento de la cuestión (cuando tenía que haberse hecho y que hubiera evitado, en definitiva, tal incorrecta aplicación).

Como ya se ha señalado al referirnos a las disposiciones comunitarias «aclaradas» el Tribunal de Justicia formulará a modo de cierre una cláusula indubitada de incumplimiento, como es que *en todo caso* habrá violación del Derecho comunitario suficientemente caracterizada cuando la resolución judicial se haya dictado con un *desconocimiento manifiesto de su jurisprudencia en la materia*⁷⁰. Jurisprudencia que ha podido recaer en un recurso por incumplimiento –habiéndose quedado clara cuál era la acción u omisión incorrecta– o en una cuestión prejudicial; porque, como es sabido, la interpretación autorizada del Tribunal de Justicia tiene en este caso efectos no sólo para quien ha solicitado la cuestión sino para todos (lo que se conoce como los efectos generales de la *cosa interpretada*). Además, recuérdese que, si la jurisprudencia existente no le resulta clara, el órgano judicial siempre puede plantear una cuestión prejudicial de interpretación de la misma⁷¹.

Ahora bien, para que pueda declararse la responsabilidad del Estado es inexcusable, en todo caso, que el incumplimiento judicial desconocedor del Derecho comunitario haya frustrado efectivamente derechos de los particulares recogidos en el Derecho comunitario (el conocido requisito de la violación de una norma que confiera derechos). No basta, por tanto, con el simple incumplimiento –por muy evidente y manifiesto que sea–, sino que deben tenerse en cuenta sus consecuencias, debido a la lógica o función reparadora en la que este mecanismo se inserta.

4. La formulación conclusiva

De todo lo hasta aquí argumentado, el Tribunal de Justicia decidirá –por lo que se refiere únicamente al aspecto más general de la elaboración del principio de la responsabilidad estatal (y separándose algo de la propuesta del Abogado General LÉGER)– literalmente lo siguiente: «El principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trata se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instan-

⁷⁰ Sentencia *Köbler*, cit., apd. 56. De similar manera, por cierto, a como lo hizo en *Brasserie* (apd. 57) cuando, tras la formulación de los requisitos para la responsabilidad estatal por incumplimiento del legislador, también añadió que *en cualquier caso* había violación suficientemente caracterizada *cuando la situación persistiera tras una sentencia (de incumplimiento o prejudicial) al respecto o tras una jurisprudencia reiterada en la materia*.

⁷¹ Precisamente la cuestión prejudicial que dio lugar a la Sentencia *Köbler* se planteó por el Tribunal austriaco, en lo fundamental, para solicitar una aclaración o interpretación sobre la aplicabilidad al caso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad de los Estados.

cia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas. Para determinar si la violación está suficientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de este tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, si dicha violación presenta un carácter manifiesto. Corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación».

IV. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE APLICACIÓN O ACOGIDA DE ESTA CONSTRUCCIÓN: EL ESTRICTO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL, ¿INCOMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD?

Desde su primera elaboración jurisprudencial, la materialización o ejecución del principio *comunitario* de la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho comunitario ha sido deferida al marco del ordenamiento *de cada Estado* en materia de responsabilidad. Así, ya en *Francovich* se dijo: «Con esta reserva⁷², el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponde a los justiciables en virtud del Derecho comunitario»⁷³. Hemos visto, asimismo, que en *Köbler* se mantiene esta remisión al ordenamiento interno, salvedad hecha (en este caso también) del respeto a los principios comunitarios de *equivalencia* de trato y de *efectividad* de la acción⁷⁴.

Así, pues, mientras no cambie el ordenamiento y se imponga una normativa comunitaria homogénea o uniforme para todos, serán los Derechos estatales los encargados de materializar y hacer efectivos los casos en los que se pro-

⁷² Se refería a los requisitos (que en el apartado anterior había calificado de «suficientes») que debían reunirse para declarar la responsabilidad estatal –a lo que en *Brasserie* (apd. 66) y en *Köbler* (apd. 57) añadirá expresamente que sin perjuicio de que el ordenamiento estatal pudiera establecer requisitos menos restrictivos (esto es, resultase más «generoso»)–, por lo que la reserva debe entenderse hecha en el sentido de que por las jurisdicciones nacionales no se pueden poner más requisitos que los establecidos por el propio Tribunal de Justicia. Al respecto, *vid.* MUÑOZ MACHADO, S., «La formación de un Derecho común de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el sistema comunitario europeo», ahora en *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993, pg. 115; y COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario...*, cit., pgs. 121 y ss.

⁷³ Sentencia *Francovich*, cit., apd. 42.

⁷⁴ Sentencia *Köbler*, cit., apd. 58.

duzca la responsabilidad aquí analizada. Aunque también hay que advertir –y la Sentencia *Köbler* lo tiene que hacer expresamente⁷⁵– que el panorama normativo de los Estados miembros es heterogéneo y, en general, restrictivo.

Refiriéndonos ya a nuestro caso, parece claro que un supuesto de este tipo tiene que reconducirse al tratamiento que recibe el *error judicial* como título de imputación de la responsabilidad del Estado, previsto en el art. 121 CE y desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en sus arts. 292 a 297⁷⁶. Para lo que aquí importa, de esta regulación merecen destacarse tres aspectos.

En primer lugar, hay que señalar que normativamente no se aporta connotación alguna a la expresión «error judicial». En efecto, ni en el art. 121 CE ni, lo que es más destacable, en la regulación legal se indica nada sobre qué deba entenderse por error judicial a efectos indemnizatorios a cargo del Estado (que es lo que aquí interesa). Así, pues, será la labor del Tribunal Supremo (mejor, de cada una de sus cinco Salas, más la del art. 61 LOPJ) la que concrete el contenido y alcance de tal concepto⁷⁷.

En este sentido, probablemente porque si no hay connotación alguna tampoco hay limitación legal de ningún tipo, el Tribunal Supremo admite de una manera *muy amplia en teoría* la hipótesis de su existencia⁷⁸, de tal manera que asume expresamente «un criterio muy amplio en cuanto a la determina-

⁷⁵ Apd. 48, que se remite al análisis realizado por el Abogado General LÉGER en sus Conclusiones cit., apds. 77 a 82.

⁷⁶ Lo que viene corroborado por el art. 139.4 LRJ-PAC, donde se establece que la «responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia [que es el rótulo del Título V, del Libro III, de la LOPJ] se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial». Así lo planteé hace ya tiempo, al analizarlo como mera hipótesis (COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario...*, cit., pgs. 134 y ss.), y en el mismo sentido fue asumido por GUICHOT REINA (en *La responsabilidad extracontractual...*, cit., pgs. 587-588).

⁷⁷ Lo que, por otro lado, permite una evolución interpretativa –sin necesidad de una intervención del Legislador–, de tal manera que lo que en un momento dado no se considera un error judicial en sentido técnico (sino una mera actuación judicial discutible, desafortunada o simplemente incorrecta o equivocada), en un momento posterior puede considerarse que supera el umbral de lo admisible en una actuación jurisdiccional y, en consecuencia, estimar que procede una reparación pecuniaria por tal actuación (cosa que exige la previa calificación de error judicial *sensu stricto*). Recuérdese, en lo que pudiera valer, lo sucedido con la responsabilidad patrimonial de la Administración a partir de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

⁷⁸ Así, desde su primera jurisprudencia al respecto, ha dejado claro que la pretensión de declaración de error judicial puede fundarse tanto en la apreciación de los hechos como en la interpretación del Derecho (STS, Sala Segunda, de 8 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7255]), en el procedimiento como en la decisión (lo que tradicionalmente se denomina como errores *in procedendo* o de forma y errores *in iudicando* o de fondo, en palabras del propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala Segunda de 16 de mayo de 1989 [RJ 1989, 4204]), en la fase declarativa como en la ejecutiva (STS, Sala Primera, de 19 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3781]), con culpa o sin culpa (STS, Sala Primera, de 31 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7247]), etc.

ción del objeto sobre el que puede recaer el error del juzgador»⁷⁹. Pero, frente a esa amplitud hipotética, es muy restrictiva su *apreciación efectiva*, ya que sólo se produce el error judicial indemnizable⁸⁰ en supuestos muy extremos⁸¹. Así, desde un principio –en fórmula que se repetirá hasta la fecha con muy ligeras variaciones–, nuestro Tribunal Supremo viene exigiendo que «el yerro [judicial] debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados»⁸²; e incluso en muchas ocasiones viene utilizando expresiones aún más radicales, como cuando se refiere a resoluciones «esperpénticas, absurdas, que rompen la armonía del orden jurídico»⁸³. No es de extrañar, entonces, que hayan sido pocos, relativamente, los casos en los que ha apreciado su existencia⁸⁴; y, por lo que aquí interesa, ninguno relativo al propio Tribunal Supremo.

En segundo lugar, merece señalarse que –de discutible manera, ciertamente, pero que ahora no ha lugar a analizar y criticar en profundidad– el Tribunal Supremo, con fundamento en los arts. 292.3 y 293.1.f. LOPJ⁸⁵, ha interpretado que sólo son indemnizables las lesiones producidas por una resolución judicial firme por haberse agotado todos los recursos procesales. Esto es, que por muy errónea o disparatada que sea una resolución judicial, si ha sido corregida en vía de recurso, ya no es susceptible de indemnización⁸⁶. Ahora bien, en este concreto aspecto, tal restrictiva interpretación

⁷⁹ STS, Sala Segunda, de 12 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6150).

⁸⁰ O «error cualificado» (STS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1644]) o «error en sentido técnico» (STS, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8975]).

⁸¹ Pues «la concepción del “error judicial” es sumamente restrictiva», dirá por ejemplo en la Sentencia de la Sala Tercera de 3 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9915), con plena conciencia de su estricta posición interpretativa.

⁸² Así lo expuso en la STS, Sala Segunda, de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6959), y así lo mantiene, por ejemplo, en la STS, Sala Primera, de 25 de junio de 2003 (RJ 2003, 4264).

⁸³ Así lo dijo en la STS, Sala Primera, de 16 de junio de 1988 (RJ 1988, 4934), y de la misma manera vuelve a expresarse, por ejemplo, en la STS, Sala Primera, de 7 de julio de 2003 (RJ 2003, 4451).

⁸⁴ Tomando el dato cuantitativo en lo que pueda valer, hasta la fecha (salvo omisión), han sido treinta y dos los supuestos estimatorios de declaración de error judicial (de los casi siete centenares de sentencias dictadas con este objeto).

⁸⁵ Que disponen, respectivamente, que «la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización» y que «no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubiesen agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento».

⁸⁶ La concepción del error judicial como «subsidiario» de la reparación jurídica en vía de recurso aparece en el Tribunal Supremo desde el inicio de su jurisprudencia (*vid.* STS, Sala Cuarta, de 10 de junio de 1987 [RJ 1987, 4323]) y continúa vigente (*vid.* STS, Sala Cuarta, de 5 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 834]). También parece haber hecho suya esta interpretación el Consejo de Estado cuando afirma que «la mera revocación de resoluciones judiciales, lejos de ser una anomalía del sistema, responde al funcionamiento normal de los recursos e instancias judiciales, que *no son susceptibles de indemnización por mandato legal expreso* (artículo 292.3 de la LOPJ)» (Dictamen núm. 2744/99, de 14 de octubre de 1999, el subrayado está añadido).

de nuestro sistema de responsabilidad por error judicial no presenta problemas de encaje con lo establecido en *Köbler*, donde –como se ha reiterado– el Tribunal de Justicia se ha limitado a admitir la responsabilidad estatal por incumplimiento respecto de una resolución de un órgano jurisdiccional *que resuelva en última instancia*.

En tercer lugar, la regulación legal (art. 293.1.b LOPJ) exige un primer proceso judicial específico ante el Tribunal Supremo, aunque también se admiten los mismos efectos a un recurso extraordinario de revisión. Después –y, obviamente, sólo para el caso de que se hubiera estimado la pretensión–, se deberá ejercitar la acción indemnizatoria ante el Ministerio de Justicia⁸⁷, frente a cuya resolución expresa o presunta podrá acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este desdoblamiento o articulación en dos fases ha sido unánimemente criticado por excesivamente complejo⁸⁸. Y es cierto que quizás la segunda fase se podría suprimir anudándose a la primera (esto es, que el propio Tribunal Supremo, cuando declara el error judicial, otorgase también la indemnización, si se cumplen todos los demás requisitos)⁸⁹. Pero, en cualquier caso, de lo que no podrá prescindirse nunca es de una fase estrictamente judicial, si se quiere garantizar plenamente la independencia judicial frente a posibles intromisiones del Ejecutivo⁹⁰.

⁸⁷ Que se tramitará conforme a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado (según dispone el art. 293.2 LOPJ), que no son sino las recogidas en los arts. 139 y ss. LRJ-PAC y el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo), con la única peculiaridad de la intervención del Consejo General del Poder Judicial (previa al Dictamen del Consejo de Estado); intervención de carácter muy limitado y restringido a la salvaguarda del principio de independencia judicial (que, en este caso de previa resolución judicial del Tribunal Supremo declarativa de la existencia de error judicial, se tiene que limitar forzosamente a su pura y simple constatación).

⁸⁸ *Vid.*, por ejemplo, FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Responsabilidad civil judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1987, pg. 186; Díez-PICAZO, L.-M^a., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pg. 64; y GUZMÁN FLUJA, V., *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pg. 50 (y las opiniones en tal sentido ahí recogidas) y, más recientemente, DELGADO RINCÓN, L. F., *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, CEPC, Madrid, 2002, pgs. 438 y ss.

⁸⁹ Sobre todo teniendo en cuenta, por un lado, que el Tribunal Supremo nunca ha aceptado una declaración en *abstracto* de la existencia de error judicial, sino exclusivamente a efectos indemnizatorios, por lo que exige siempre, previamente, la demostración de la existencia de un daño efectivo; y, por otro lado, que ya está prevista en esta primera fase judicial la intervención como parte en el proceso del Abogado del Estado (art. 293.1.c LOPJ).

⁹⁰ Lo ha dicho acertadamente el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1415/99, de 13 de mayo de 1999: «Lo que caracteriza al error judicial y hace de él un supuesto distinto al del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es que el error judicial afecta al ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, que corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE). Ello explica que, para evitar interferencias en la función judicial, la Administración no pueda pronunciarse sobre la existencia de tales errores en las decisiones judiciales y que la declaración de error se dote de especiales requisitos y se

Éste será, entonces, el marco en el que habrá de insertarse una petición de responsabilidad por los daños producidos por una resolución judicial incumplidora del Derecho comunitario. ¿Cabe pensar que el Derecho español ofrece algún obstáculo para una correcta recepción o acogida de la construcción comunitaria que acabamos de analizar? Por lo que respecta al *principio de equivalencia* parece claro que no ofrece problema alguno; el único aspecto que puede presentar alguna dificultad⁹¹ es el relativo a las exigencias derivadas del *principio de efectividad*, en el sentido de que bien la (complicada) regulación legal que acabamos de mencionar o bien –sobre todo– la (restrictiva) interpretación aplicativa del Tribunal Supremo existente hasta la fecha podrían considerarse en sede comunitaria que hacen en la práctica «excesivamente difícil» la obtención del derecho al resarcimiento. En efecto, parece bastante evidente que los supuestos en los que nuestro Tribunal Supremo estaría dispuesto a apreciar (según su consolidada doctrina del yerro palmario) un error judicial indemnizable en la interpretación o aplicación del Derecho comunitario son muchísimo más limitados o restringidos que los supuestos susceptibles de reparación patrimonial teorizados en *Köbler* (y basados en el carácter manifiesto del incumplimiento judicial, como ya sabemos).

Ahora bien, por lo que respecta a la interpretación operativa del Tribunal Supremo, hay que recordar que nada impide una evolución hacia fórmulas menos rígidas o restrictivas y, con mayor razón aún, si con ello se viene a responder o a adaptarse a una exigencia comunitaria. Además, no puede olvidarse que, cuando se le plantee una demanda de declaración de error judicial por indebida aplicación (u omisión) del Derecho comunitario, siempre le cabe al Tribunal Supremo formular la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que éste le aclare si, a un supuesto como el que tiene que resolver, le resulta aplicable la doctrina *Köbler*.

En cualquier caso, dado el elevado componente valorativo que tiene la interpretación de lo que sea «excesivamente difícil» (aspecto nuclear, como es sabido, para la aplicación del principio de efectividad), resulta aventurado adelantar para un futuro inmediato un pronóstico al respecto, pero lo que sí debe dejarse claramente planteada es la existencia de este riesgo o dificultad.

encomiende su declaración sólo al Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1 CE)».

⁹¹ Esto había sido ya apuntado por GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., pgs. 587 y 588.