Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
PEDRO Cruz Villalón
presentadas el 20 de marzo de 2014[1]

Asunto C-611/12 P

Jean-François Giordano
contra

Comisión Europea

«Recurso de casación — Cuotas de pesca — Medidas urgentes adoptadas por la Comisión — Recurso de responsabilidad extracontractual de la Unión Europea — Daño indemnizable — Daño real y cierto — Pérdida de oportunidad como elemento integrante del daño indemnizable»

1. El presente recurso de casación, interpuesto por el Sr. Jean-François Giordano, se enmarca en un contexto más amplio en el que también se integran los recursos de casación en los asuntos C-12/13 P y C-13/13 P (Buono y otros/Comisión), sobre los que me pronuncio en otras conclusiones de esta misma fecha. Todos tienen en común una reclamación por daños contra la Unión con motivo del Reglamento (CE) nº 530/2008 de la Comisión, por el que se establecen medidas de emergencia aplicables a los atuneros cerqueros que capturan atún rojo en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 º O, y en el Mar Mediterráneo.[2]

2. Debido a que el presente asunto tiene por objeto una sentencia del Tribunal General diferente a la atacada en los asuntos C-12/13 P y C-13/13 P y también con razón de la diferencia de los motivos casacionales esgrimidos, en estas conclusiones analizaré principalmente, y al hilo de la respuesta proporcionada al presente recurso de casación, la cuestión del daño indemnizable. Más concretamente, abordaré con detalle si una «pérdida de oportunidad» puede integrarse en el daño indemnizable susceptible de indemnización en el marco de un recurso de responsabilidad extracontractual de la Unión Europea.

3. La pérdida de oportunidad ya ha sido reconocida como daño indemnizable en varias ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, dicho reconocimiento siempre se ha efectuado en contextos específicos, como el de la función pública europea o la contratación pública de la Unión. Este caso permitirá al Tribunal de Justicia realizar un pronunciamiento sobre esta cuestión desde una perspectiva más amplia.

1 — Lengua original: español.

2 — Reglamento de 12 de junio de 2008 (DO L 155, p. 9).

I. **Marco normativo**

4. El artículo 340 TFUE, párrafo 2, establece el régimen sustantivo aplicable a la responsabilidad extracontractual de la Unión en los siguientes términos:

«En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.»

5. La pesca del atún rojo se encuentra regulada tanto a nivel internacional como europeo. Desde 1997 la Unión es parte del Convenio Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico, cuya Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (ICCAT) adopta recomendaciones y planes con el objetivo de garantizar la conservación del referido recurso. En cumplimiento de las decisiones de la ICCAT, la Unión ha adoptado varios instrumentos, entre los que destaca, a los efectos del presente procedimiento, el Reglamento (CE) nº 520/2007, por el que se establecen medidas técnicas de conservación de determinadas poblaciones de peces de especies altamente migratorias y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 973/2001 [3] y el Reglamento (CE) nº 1559/2007, por el que se establece un Plan de recuperación plurianual para el atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo y se modifica el Reglamento (CE) nº 520/2007. [4]

6. Las referidas disposiciones de la Unión se enmarcan asimismo en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 2371/2002, sobre la conservación y la explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común. [5] Este instrumento introduce un conjunto de medidas generales dirigidas a la conservación, gestión y explotación de los recursos acuáticos vivos realizados en el territorio de los Estados miembros o en aguas comunitarias, o llevados a cabo por buques pesqueros de la Unión.

7. Entre las distintas medidas que prevé el Reglamento nº 2371/2002, destaca el artículo 7, bajo la rúbrica de «medidas de urgencia de la Comisión», en virtud del cual:

«1. Si existen pruebas de una amenaza grave para la conservación de los recursos acuáticos vivos o para el ecosistema marino debida a las actividades pesqueras y que requiera una actuación inmediata, la Comisión, previa petición justificada de un Estado miembro o por propia iniciativa, podrá decidir medidas de urgencia cuya vigencia no podrá ser superior a seis meses. La Comisión podrá adoptar una decisión para prorrogar las medidas de urgencia por seis meses como máximo.

2. El Estado miembro comunicará la petición simultáneamente a la Comisión, a los demás Estados miembros y a los consejos consultivos regionales interesados. Éstos podrán presentar sus observaciones por escrito a la Comisión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la petición.

La Comisión tomará una decisión dentro de los quince días hábiles siguientes a la recepción de la petición mencionada en el apartado 1.

3. Las medidas de urgencia surtirán efecto inmediatamente. Se notificarán a los Estados miembros afectados y se publicarán en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

4. Los Estados miembros interesados podrán someter al Consejo la decisión de la Comisión dentro de los diez días hábiles siguientes a la recepción de la notificación.

3 — Reglamento del Consejo de 7 de mayo de 2007 (DO L 123, p. 3).

4 — Reglamento del Consejo de 17 de diciembre de 2007 (DO L 340, p. 8).

5 — Reglamento del Consejo, de 20 de diciembre de 2002 (DO L 358, p. 59).

5. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá adoptar una decisión diferente dentro del mes siguiente a la fecha de la consulta.»

8. El Reglamento (CE) nº 40/2008 establece para el año 2008 las posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones de peces, incluido el atún rojo.[6] El texto introduce limitaciones de capturas y fija la cantidad de atún rojo capturable en 2008 por los buques comunitarios en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 ºO, y en el Mar Mediterráneo. Dichas limitaciones y cantidades fueron objeto de una modificación en virtud del Reglamento (CE) nº 446/2008 de la Comisión.[7]

9. La Comisión, a la luz de la información suministrada en ese momento por los inspectores durante visitas realizadas a los Estados interesados, consideró que las posibilidades de pesca de atún rojo en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 ºO, y en el Mar Mediterráneo asignadas a los atuneros con pabellón de Grecia, Francia, Italia, Chipre y Malta se podrían ver agotadas el 16 de junio de 2008. En cambio, las posibilidades de pesca de los atuneros cerqueros de pabellón español se considerarían agotadas el 23 de junio de 2008. A la vista de estos hechos, la Comisión, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento nº 2371/2002, antes citado, adoptó el Reglamento nº 530/2008.[8] Los tres preceptos del Reglamento nº 530/2008 establecen lo siguiente:

«Artículo 1

Queda prohibida, a partir del 16 de junio de 2008, la pesca de atún rojo en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 °O, y en el Mar Mediterráneo por parte de los atuneros cerqueros que enarbolen pabellón de Grecia, Francia, Italia, Chipre y Malta o estén registrados en esos países.

A partir de esa misma fecha, quedará asimismo prohibido conservar a bordo, enjaular para su engorde o su cría, transbordar, transferir o desembarcar peces de esa población capturados por los citados buques.

Artículo 2

Queda prohibida, a partir del 23 de junio de 2008, la pesca de atún rojo en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 °O, y en el Mar Mediterráneo por parte de los atuneros cerqueros que enarbolen pabellón de España o estén registrados en ese país.

A partir de esa misma fecha, quedará asimismo prohibido conservar a bordo, enjaular para su engorde o su cría, transbordar, transferir o desembarcar peces de esa población capturados por los citados buques.

Artículo 3

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los agentes económicos de la Comunidad no aceptarán, a partir del 16 de junio de 2008, operación alguna de desembarque, enjaulamiento con fines de engorde o de cría o transbordo en aguas o puertos comunitarios de atún rojo capturado por atuneros cerqueros en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 °O, y en el Mediterráneo.

6 — Reglamento del Consejo, de 16 de enero de 2008, por el que se establecen, para 2008, las posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces, aplicables en aguas comunitarias y, en el caso de los buques comunitarios, en las demás aguas donde sea necesario establecer limitaciones de capturas (DO L 19, p. 1).

7 — Reglamento de 22 de mayo de 2008, que adapta determinadas cuotas de atún rojo en 2008 de conformidad con el artículo 21, apartado 4, del Reglamento (CEE) nº 2847/93 del Consejo, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común (DO L 134, p. 11).

8 — Antes citado.

2. Estará permitido desembarcar, enjaular con fines de engorde o de cría o transbordar en aguas o puertos comunitarios atún rojo capturado hasta el 23 de junio de 2008 en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45 °O, y en el Mar Mediterráneo por atuneros cerqueros que enarbolen pabellón de España.»

II. **Antecedentes**

10. El Sr. Giordano es armador del buque «Janvier Giordano», atunero cerquero con pabellón francés que realiza su actividad pesquera en el Mar Mediterráneo.

11. En virtud de lo dispuesto en la normativa de la Unión, la República francesa contaba para el año 2008 con 4 164 toneladas de cuotas de pesca de atún rojo, de las cuales un 90 % correspondían a los atuneros cerqueros de pabellón francés faenando en el Mar Mediterráneo.

12. Mediante decisión nº 2008PS008-LR, de 16 de abril de 2008, el Ministro de Agricultura y Pesca atribuyó, para el año 2008, una licencia de pesca especial de atún rojo al buque «Janvier Giordano», con una cuota que ascendía a 132,02 toneladas. La autorización permitía la pesca desde el 1 de abril hasta el 30 de junio de 2008.

13. El 2 de junio de 2008 el buque «Janvier Giordano» comenzó su campaña de pesca en aguas mediterráneas, la cual fue interrumpida el 16 de junio de 2008 como consecuencia de la aprobación y entrada en vigor del Reglamento nº 530/2008 de la Comisión, cuya ejecución trajo consigo la revocación de la licencia de pesca antes referida, mediante decisión de 16 de junio de 2008 del Prefecto de la Región Langedoc-Roussillon.

14. El Sr. Giordano acudió a los tribunales administrativos franceses, atacando la citada decisión del Prefecto. Tanto el tribunal administrativo como la jurisdicción administrativa de apelación de Marsella rechazaron los recursos del Sr. Giordano con el argumento de que la medida prohibitiva traía causa del Reglamento nº 530/2008, de la Comisión, y no de la decisión del Prefecto.

III. **El procedimiento ante el Tribunal General y la sentencia recurrida**

15. Con fecha de 25 de febrero de 2011 tuvo entrada en el Registro del Tribunal General el recurso de responsabilidad extracontractual de la Unión interpuesto por el Sr. Giordano, como consecuencia de la prohibición de pesca acordada en virtud del Reglamento nº 530/2008 de la Comisión.

16. Días más tarde, y a raíz de la cuestión prejudicial de validez planteada por el Prim'Awla tal-Qorti Ċivili de Malta, el Tribunal de Justicia se pronunció el 17 de marzo de 2011 en el asunto AJD Tuna. [9] Dicho asunto suscitaba varias cuestiones relativas a la validez de dicho Reglamento.

17. En la referida sentencia el Tribunal de Justicia declaró que el Reglamento vulneraba el principio general de no discriminación por razón de nacionalidad.

18. En consecuencia, y con carácter previo a la celebración de la vista oral ante el Tribunal General, el Sr. Giordano y la Comisión Europea, en tanto que parte demandada, fueron invitados a pronunciarse durante la vista sobre las consecuencias de las sentencia AJD Tuna en el presente procedimiento.

9 — Sentencia de 17 de marzo de 2011 (C-221/09, Rec. p. I-1655).

19. En sus argumentos escritos y orales, el Sr. Giordano solicitó al Tribunal General una declaración por la que se constataran los daños producidos por el Reglamento nº 530/2008 en la situación jurídica del demandante, condenando así a la Comisión al pago de un importe de 542 594 euros en concepto de daños e intereses. Por su parte, la Comisión solicitaba al Tribunal General que desestimase el recurso en su totalidad.

20. Mediante sentencia de 7 de noviembre de 2012, el Tribunal General desestimó el recurso interpuesto por el Sr. Giordano y lo condenó en costas. En una motivación de once apartados, el Tribunal General consideró que el Sr. Giordano no logró demostrar la realidad del daño supuestamente sufrido.

21. Según el Tribunal General, y apoyándose en la sentencia de esa misma jurisdicción dictada en el asunto Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo y otros/Consejo,[10] la asignación de una cuota de pesca no acarrea un derecho subjetivo a un montante económico concreto, sino únicamente un límite máximo de número de capturas, las cuales no resultan en modo alguno garantizadas. En consecuencia, el Tribunal General declaró que una cuota no satisfecha, aunque ello se debiera a una prohibición dictada por una autoridad pública, no provocó un daño ni real ni cierto.

22. Habiéndose incumplido una de las tres condiciones necesarias para declarar la responsabilidad extracontractual de la Unión, el Tribunal General desestimó el recurso en su integridad y condenó al demandante en costas.

IV. **El recurso de casación y las pretensiones de las partes**

23. El 8 de enero de 2013 tuvo entrada en el Registro del Tribunal de Justicia el recurso de casación interpuesto por el Sr. Giordano contra la sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2012.

24. El Sr. Giordano solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida.

— Declare que la adopción del Reglamento nº 530/228 de la Comisión, de 12 de junio de 2008, ha causado un daño indemnizable al demandante.

— Condene a la Comisión a indemnizar al demandante el importe de 542 594 euros, en concepto de daños e intereses.

— Condene a la Comisión a cargar con las costas causadas en esta casación y en primera instancia.

25. La Comisiónº solicita al Tribunal de Justicia que:

— Inadmita el recurso de casación.

— A título subsidiario, desestime el recurso de casación.

— A título subsidiario, desestime el recurso de responsabilidad extracontractual.

— Condene al recurrente a cargar con las costas causadas en esta casación y en la primera instancia.

10 — Sentencia de 19 de octubre de 2005 (C-415/03, Rec. p. II-4355).

V. **Admisibilidad**

26. Según la Comisión, el recurso es inadmisible en la medida en que dos motivos (el segundo y el tercero) se refieren a requisitos de la responsabilidad extracontractual que no han sido analizados por el Tribunal General y un tercer motivo (el primero) tiene por objeto un análisis fáctico ya efectuado por el Tribunal General.

27. Ambas causas de inadmisión deben ser rechazadas.

28. La primera causa de inadmisión planteada por la Comisión no afecta formalmente a la admisión del recurso, sino a los motivos segundo y tercero invocados por el recurrente en casación. En efecto, la apreciación de los referidos motivos únicamente será necesaria en el supuesto de que el Tribunal de Justicia anule la sentencia recurrida y decida, con arreglo al artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia, resolver directamente el fondo del asunto. Por tanto, procede rechazar la inadmisión de los motivos segundo y tercero propuesta por la Comisión.

29. La segunda causa de inadmisión suscitada por la Comisión merece igualmente ser rechazada. Entiende la Comisión que el Tribunal General, al considerar que el perjuicio invocado por la demandante en la instancia no era ni real ni cierto, realizó un análisis fáctico que no admite, según consolidada jurisprudencia, revisión alguna en sede casacional. No obstante, el enfoque propugnado por la Comisión no se atiene a los límites de la casación a los que se ha referido reiteradamente el Tribunal de Justicia, pues la prohibición de todo análisis fáctico en afecta a las apreciaciones estrictamente factuales de los elementos extrajurídicos aportados al proceso por las partes.

30. No es el caso en autos, pues el recurrente no cuestiona el análisis de los hechos efectuado por el Tribunal General, sino la circunstancia de que aquél haya considerado la asignación de cuotas de pescas como una atribución carente de relevancia jurídica a la hora de determinar un perjuicio. Es decir, el Tribunal General no ha acometido un análisis de los hechos concretos tal como se los ha aportado el demandante, sino que ha realizado un juicio en Derecho en virtud del cual las cuotas de pesca no cubiertas por razones sobrevenidas no forman parte del daño indemnizable. Esta afirmación, reflejada en los puntos 18 y 19 de la sentencia recurrida, no es fáctica sino jurídica y, por tanto, es susceptible de revisión en casación.

31. Por tanto, procede rechazar la segunda causa de inadmisión invocada por la Comisión.

VI. **El recurso de casación**

A. *Sobre el motivo basado en el carácter «cierto» del daño sufrido*

1. Alegaciones de las partes

32. El recurrente rechaza los argumentos del Tribunal General basados en la inexistencia de un daño cierto. En contra de lo sostenido en la sentencia recurrida, el recurrente cuestiona la relación necesaria que formula el Tribunal General entre el derecho subjetivo al agotamiento de la cuota y el daño indemnizable. En opinión del recurrente, el hecho de que no exista un derecho subjetivo al agotamiento de la cuota no significa que no exista una posibilidad seria de agotamiento de la misma. De hecho, y siempre en opinión del recurrente, la práctica confirma, debido al carácter restrictivo de las actuales licencias de pesca del atún rojo, que los atuneros agotan sistemáticamente sus cuotas.

33. Según el recurrente, un atunero cerquero puede consumir su cuota anual de pesca en 15 días. De hecho, en los trece días de campaña del «Janvier Giordano», los inmediatamente anteriores a la prohibición ordenada por el Reglamento nº 530/2008, el referido buque había capturado un total 71 571 toneladas, es decir, el 54 % de su cuota. En opinión del recurrente, si la campaña hubiera podido continuar sin interrupción hasta su fecha de cierre, el día 30 de junio de 2008, la cuota se habría agotado. El Reglamento nº 530/2008 habría causado, por tanto, un daño real y cierto, cuya cuantificación explica en detalle el recurrente en función del precio de venta del kilo de atún rojo durante la campaña de 2008 y el peso total del resto de cuota frustrada. Por tanto, el daño sufrido, incluidos los intereses, alcanzaría en opinión del recurrente el importe de 542 594 euros.

34. El recurrente destaca igualmente que el daño sufrido debe considerarse como una pérdida de oportunidad, y que el Tribunal de Justicia ha reconocido en su jurisprudencia esta modalidad de daños. Invoca en su apoyo la sentencia de 14 de mayo de 1975, CNTA/Comisión (74/74, Rec. p. 533). Asimismo, el recurrente llama la atención sobre el hecho de que el Derecho de la Unión prevé medidas compensatorias para quienes sufren interrupciones sobrevenidas de actividades de pesca que interfieren en la satisfacción de la cuota. Así, y a modo de ejemplo, cita el artículo 21, apartado 4, del Reglamento (CEE) nº 2847/93, de 12 de octubre de 1993.[11] El precepto, que hace una referencia genérica a «medidas» con vistas a «reparar de manera adecuada el perjuicio causado», confirmaría que el Derecho de la Unión reconoce que una cuota frustrada con motivo de una orden de interrupción de la pesca provoca un daño indemnizable.

35. La Comisión rebate los argumentos de la recurrente con dos líneas de defensa.

36. En primer lugar, la Comisión rechaza la posibilidad de invocar una pérdida de oportunidad en un caso como el de autos. En su opinión, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la pérdida de oportunidad únicamente cabe admitirse en el plano indemnizatorio cuando se demuestre la existencia de un derecho, o como mínimo de una expectativa legítima, a obtener una ganancia. En el criterio de la Comisión el Sr. Giordano no ha podido demostrar que ostentase un derecho de ningún tipo a obtener un nivel determinado de capturas, ni tampoco ha aportado elementos que demuestren con precisión matemática sus posibilidades reales de alcanzar tales niveles de capturas.

37. En segundo lugar, la Comisión rechaza que la cuota atribuida al Sr. Giordano constituya un derecho, o que la normativa europea en materia de pesca reconozca el derecho a la reparación en caso de no satisfacer la cuota. Según la Comisión, la cuota tiene como finalidad única la fijación de un umbral máximo de capturas y no la garantía de unas expectativas de pesca. Esta función de límite de capturas es coherente con el objetivo básico que subyace a la política común de pesca, la cual persigue un equilibrio entre la actividad económica y la conservación de los recursos vivos marinos. Asimismo, siempre según la Comisión, las normas de la Unión van dirigidas a preservar el principio de estabilidad relativa, en virtud del cual son los Estados miembros los titulares de un “derecho” a cierto nivel predeterminado de posibilidades de pesca. Sin embargo, que los Estados miembros tengan este “derecho” no se traduce en la creación de derechos individuales para cada uno de los titulares de una cuota de pesca. Es en este contexto donde deben interpretarse las normas citadas por el recurrente, pues éstas se refieren más bien al “derecho” de los Estados miembros a ver compensadas sus cuotas frustradas, pero no al derecho de los titulares de las cuotas en caso de interrupción sobrevenida de la actividad por motivos medioambientales y de conservación de los recursos vivos marinos.

11 — Reglamento del Consejo por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común (DO L 261, p. 1).

2. Análisis

a) Observación preliminar

38. El presente motivo suscita principalmente la cuestión del carácter «cierto» del daño sufrido por el demandante. El Tribunal General consideró que el demandante, puesto que no es titular de un derecho subjetivo al agotamiento de la cuota, por el simple hecho de haber visto frustrada anticipadamente su campaña de pesca de atún rojo no sufrió un daño «cierto». El demandante rechaza esta apreciación.

39. Del escrito del demandante, así como del de la Comisión, se desprende que la situación del presente asunto tiene el carácter de una pérdida de oportunidad. Al ordenar imperativamente el cese de la campaña con dos semanas de antelación a su clausura, la Comisión habría privado al demandante de la oportunidad de agotar su cuota para el año 2008. Esta circunstancia, no la de la pérdida de una ganancia garantizada, sino la de la pérdida de una oportunidad de obtener una ganancia, es la que el Tribunal General ha descartado por no considerarlo un caso de daño «cierto», en el sentido utilizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad extracontractual de la Unión.

40. Hasta la fecha, esta noción de pérdida de oportunidad se ha desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en una zona de cierta penumbra. Por un lado, el Tribunal de Justicia la ha reconocido formalmente en el contencioso de la función pública de la Unión, así como en el contencioso de la contratación pública de la Unión, si bien, en este último caso, en términos muy restrictivos.[12] Por otro lado, el legislador de la Unión ha previsto con carácter sectorial medidas de armonización dirigidas a garantizar que los Estados miembros aseguren este tipo de daño en las reclamaciones indemnizatorias frente a aquéllos.[13] Para añadir más elementos a un complejo cuadro, la jurisprudencia ha ido ensanchando de manera puntual la categoría del lucro cesante, hasta el punto de asimilarla en algún caso con lo que se consideraría, más apropiadamente, como una pérdida de oportunidad.

41. Estos son los elementos que ha de manejar el Tribunal de Justicia a la hora de dar respuesta a un asunto en el que se plantea la conveniencia de abordar, desde una perspectiva más amplia, la cuestión de la pérdida de oportunidad en el contencioso de la responsabilidad extracontractual de la Unión y, más específicamente, a la vista del artículo 340 TFUE, apartado segundo.

b) La pérdida de oportunidad y la teoría del riesgo

42. La aparición de la pérdida de oportunidad en el Derecho de daños es relativamente reciente. Como es sabido, este tipo de perjuicio no ha formado parte del derecho de daños hasta finales del siglo veinte, coincidiendo en el tiempo con la aparición en el terreno de las ciencias sociales de las llamadas teorías del riesgo.[14]

12 — Desde una perspectiva general, véase Van Raepenbusch, S., «La convergence entre les régimes de responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne et des États membres», ERA Forum (2012) y Giacobbo-Peyronnel, V., «L'indemnisation de la perte de chance en droit de la fonction publique de l'Union européenne», en Mahieu, S. (ed.) *Contentieux de l'Union européenne – Questions choisies*, Ed. Larcier, 2014.

13 — Véase, por ejemplo, el artículo 2, apartado 7, de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992 (DO L 76, p. 14), según el cual «[c]uando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación.»

14 — Por todos, ver De Ferra, C., «De Finetti, la rivoluzione della probabilità», Assicurazioni, nº 2, 2002, pp. 185 a 195 y Majone, G., «Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-Making, Policy Learning and Institutional Reform», *European Journal of Risk Regulation*, nº 1, 2010, pp. 5 y ss.

43. En líneas generales, la pérdida de oportunidad se diferencia de otros componentes del daño indemnizable por el hecho de referirse a un beneficio futuro pero sólo probable. La pérdida de oportunidad no se refiere a ganancias seguras, sino a *oportunidades de ganancia* en sí mismas reales, con independencia de su cuantificación. Como es lógico, tales oportunidades de ganancia no pueden ser puramente hipotéticas, sino que ha de tratarse de oportunidades reales cuyas probabilidades de convertirse en una ganancia patrimonial son elevadas. Por tanto, lo que caracteriza a la pérdida de oportunidad y la distingue principalmente del lucro cesante es un factor probabilístico, si bien no cualquier tipo de probabilidad, sino la probabilidad *seria* de cumplimiento de una expectativa.

44. Bien es cierto que el reconocimiento de un derecho a ser indemnizado por haberse frustrado una mera probabilidad de ganancia futura puede producir un nivel de inseguridad jurídica muy considerable. No es de extrañar, pues, que durante largo tiempo la pérdida de oportunidad no tuviera cabida en el derecho de daños de los Estados miembros, ni tampoco en el del derecho de Estados terceros, como puede ser el caso de los Estados de la tradición del *common law*, o los Estados de influencia europeo-continental, como en el caso de América latina. [15] Sin embargo, la irrupción de las teorías del riesgo, mediante las cuales se permite cuantificar el grado de probabilidad de acontecimientos futuros en determinados contextos fácticos, permitió a los tribunales nacionales, así como a los legisladores de algunos Estados, convertir las probabilidades de ganancias futuras en un componente del patrimonio presente de una persona física o jurídica. [16]

45. En efecto, una probabilidad seria y cuantificable de una ganancia futura debe poder traducirse en una parte integrante del daño indemnizable. En la medida en que esa probabilidad de ganancia sea susceptible de prueba y mientras tal probabilidad pueda ser objeto de cuantificación, por ejemplo, porcentual, con arreglo a una metodología suficientemente precisa, dicha oportunidad de ganancia pasa a integrarse en el patrimonio de quien la disfruta. Por tanto, la pérdida de la misma a consecuencia de un acto antijurídico debe pasar a convertirse en un elemento integrante del daño indemnizable.

46. El terreno en el que apareció por vez primera y de forma más clara la pérdida de oportunidad en el derecho de daños es el de la responsabilidad médica. [17] Un médico que en un caso de mala praxis no diagnostica una grave enfermedad, la cual presentaba en el momento de los hechos, y con arreglo a las estadísticas oficiales, un 80 % de probabilidades de supervivencia, provoca un daño indemnizable si esa mala praxis termina con el fallecimiento del paciente. Este tipo de situaciones en las que se combina un elemento probabilístico, un nivel elevado de probabilidad constatable por medios técnicos y un resultado claramente dañoso abrieron las puertas al reconocimiento de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños.

47. Asimismo, el desarrollo de metodologías altamente sofisticadas de cálculo de riesgos, principalmente en el terreno económico, ha contribuido a que los elementos probabilísticos pasen a integrarse, no en el futuro, sino en el momento presente, en el patrimonio de una persona física o jurídica. Las perspectivas de crecimiento de una empresa, los planes de inversión pública en un sector en el que opera una empresa, o la predicción de una evolución bursátil, entre muchas otras, tienen una repercusión real en el valor *presente*, no futuro, de tales empresas. El hecho de que dichas perspectivas queden expuestas a acontecimientos cuya probabilidad no está garantizada, en nada influye en la inclusión de tales oportunidades (y su respectivo valor económico) en el patrimonio actual del interesado. La pérdida de la oportunidad como resultado de una conducta antijurídica produciría, por tanto, un daño indemnizable.

15 — Sobre la evolución desde una perspectiva histórica y comparada, véase Medina Alcoz, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 127 y ss.

16 — Por todos, véase Loevinger, L., «Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law», Minnesota Law Review, nº 46, 1961-1962, pp. 269 y ss.

17 — Véase Truckor, M.L., «The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival», *University of Dayton Law Review*, nº 24, 1999 y Fischer, D.A., «Tort Recovery for Loss of a Chance», *Wake Forest Law Review*, nº 36, 2001, pp. 608 y ss.

48. Esta es la situación que actualmente se extiende por la mayoría de los Estados miembros, tanto en el terreno de la responsabilidad extracontractual civil como en el de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. [18] Bien es cierto que la pérdida de oportunidad aparece principalmente en ámbitos sectoriales, como el de la contratación administrativa, el derecho sanitario o el derecho mercantil. Sin embargo, ello no excluye que la categoría haya adquirido en estos instantes un suficiente grado de generalidad.

c) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General

49. La prueba de que la pérdida de oportunidad forma parte de los referidos «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», en el sentido del artículo 340 TFUE, apartado 2, la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, a lo largo de los últimos años se observa una muy evidente tendencia hacia el reconocimiento del carácter indemnizable de una pérdida de oportunidad. Se trata de un avance realizado con cautela y principalmente sectorial, cuyas líneas generales paso a continuación a exponer.

50. El ámbito en el que la pérdida de oportunidad ha encontrado un reconocimiento expreso y reiterado es el de la función pública de la Unión. En efecto, y con carácter general desde la sentencia Comisión/Girardot, [19] el Tribunal de Justicia ha avalado una jurisprudencia del Tribunal General en virtud de la cual la pérdida de oportunidad, en el terreno específico del contencioso de la función pública y por tanto sobre la base del artículo 270 TFUE, constituye un daño indemnizable «real y cierto». Asimismo, tal daño no tiene carácter inmaterial o moral, sino material. [20]

51. Los hechos del asunto Girardot son muy representativos, pues se trataba de una trabajadora, contratada como agente temporal, excluida de un concurso interno de reserva por falta de cumplimiento de los requisitos preceptivos. Con posterioridad la recurrente se presentó a varios puestos en la misma institución, de cuyos procedimientos de selección fue excluida por no formar parte del personal estatutario. Por tanto, de haber superado el referido concurso interno de reserva, la recurrente habría cumplido las condiciones para presentarse al segundo concurso.

52. En su sentencia de 31 de marzo de 2004, [21] el Tribunal General declaró la ilegalidad de la primera exclusión de la recurrente, y entendió a continuación, en sentencia interlocutoria, que dicha exclusión ilícita había privado a la recurrente de la oportunidad de presentarse a un ulterior concurso. [22] De hecho, la recurrente había presentado su candidatura para nueve de los puestos ofertados en el segundo concurso. El Tribunal General consideró que se había privado injustificadamente a la recurrente de una oportunidad seria de haber obtenido uno de los referidos puestos de trabajo. En su sentencia de casación, el Tribunal de Justicia avaló el planteamiento del Tribunal General.

53. En el punto 115 de la sentencia en el asunto Girardot, el Tribunal General afirma lo siguiente: "no cabe considerar como indudable que, al cabo de la primera fase del procedimiento de provisión de vacantes que prevé el artículo 29, apartado 1, del Estatuto, la Comisión […] habría seleccionado alguna de las candidaturas de la Sra. Girardot ni, por consiguiente, que esta última tuviera todas las posibilidades de que se le atribuyera un contrato de agente temporal […] *Cabe considerar, sin embargo, que la Sra. Girardot tenía, en cualquier caso, una oportunidad seria al respecto, de la que se vio privada en razón del rechazo de sus diversas candidaturas por parte de la Comisión*, sin que dicha institución hubiera acreditado haber efectuado el correspondiente examen». [23]

18 — Véase el análisis comparado de Fleischer, H., «Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht», JZ 15/16 1999, VVAA, *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, París, 2009, y Medina Alcoz, L., *op. cit.*, pp. 130 a 167.

19 — Sentencia de 21 de febrero de 2008 (C-348/06 P, Rec. p. I-833).

20 — Véase el comentario de Giacobbo-Peyronnel, V., *op. cit.*

21 — Asunto, Girardot/Comisión (T-10/02, RecFP, pp. I-A-109 y II-483).

22 — Sentencia de 6 de junio de 2006, Girardot/Comisión (T-10/02, RecFP. pp. I-A-2-129 y II-A-2-609).

23 — Cursiva añadida.

54. Esta afirmación es la base sobre la que se funda la constatación de que la Sra. Girardot sufrió un daño indemnizable, daño cuya cuantificación no equivale al importe de los ingresos que habría recibido como agente temporal, sino aplicándole, decidiendo el Tribunal General *ex aequo et bono*, un coeficiente multiplicador del 0,5 a dicho importe. El Tribunal de Justicia avaló expresamente el sistema de cálculo ideado y aplicado por el Tribunal General.

55. Una línea argumentativa similar, pero esta vez ya en el terreno del artículo 340 TFUE, párrafo segundo, puede observarse en la jurisprudencia relativa a la contratación pública de la Unión. En aquellos supuestos en los que un licitador es excluido ilícitamente de un contrato público convocado por una Institución de la Unión, puede resultar imposible reabrir el procedimiento de licitación. En estas circunstancias, el Tribunal General ha reconocido en varias ocasiones que el licitador excluido tiene derecho a reclamar una indemnización correspondiente «a la pérdida de oportunidad de resultar adjudicatario del contrato», [24] así como, en el supuesto de poderse acreditar con certeza que el licitador debía haber resultado adjudicatario, el lucro cesante. El Tribunal General ha destacado reiteradamente «la posibilidad de conceder un valor económico a la pérdida de la oportunidad de resultar adjudicatario». [25]

56. De lo anterior se desprende que tanto en el terreno de la función pública como el de la contratación pública de la Unión, una pérdida de oportunidad seria, a consecuencia de un acto ilícito, constituye un daño material indemnizable. Esta afirmación aún no se ha extendido con carácter general al Derecho de daños de la Unión, pero en algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia se observa que la noción no es en absoluto extraña a la práctica jurisprudencial general de nuestra institución.

57. Lo primero que debe destacarse es una línea de jurisprudencia temprana del Tribunal de Justicia, de mediados de los años setenta, donde se afirma con claridad que el requisito del daño «cierto» no puede referirse a una certeza absoluta. [26] Esta afirmación no es casual, pues se formula con el propósito de distinguir los requisitos de la acción de responsabilidad de los artículos 34 y 40 del Tratado CECA de los que regían el Tratado CEE, estos últimos más generosos. Al reconocer que el daño debe ser «cierto» pero no con absoluta precisión, el Tribunal de Justicia pretendía ser coherente con el enunciado más amplio del antiguo artículo 215 CEE. Ahora bien, dicha precisión no tendría un impacto directo en la situación concreta de los recurrentes, pues la formulación aparecía en el apartado relativo a la admisibilidad del recurso. Así sucedió igualmente en varios asuntos a lo largo de los años setenta y ochenta, donde el Tribunal de Justicia relajaba el requisito relativo al carácter «cierto» del daño con el fin de constatar el interés del recurrente a efectos de la legitimación, para más adelante, al enjuiciar el fondo, desestimar el recurso debido a la ausencia de un acto ilícito. [27]

58. Asimismo, en otros asuntos el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter «cierto» del daño en el análisis del fondo, con un planteamiento similar al descrito en el apartado anterior. Así, en el asunto Ireks-Arkady/Consejo y Comisión [28] el Tribunal de Justicia declaró la responsabilidad de la Comunidad como consecuencia de la supresión de las restituciones a la producción de quellmehl. Esta supresión se había declarado previamente ilegal, por contraria al principio de no discriminación, en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Ruckdeschel y

24 — Sentencia de 20 de septiembre de 2011 Evropaïki Dynamiki/BEI (T-461/08, Rec. p. II-6367).

25 — Autos del Presidente de 25 de abril de 2008, Vakakis/Comisión, (T-41/08), apartados 66 y 67; de 20 de enero de 2010, Agriconsulting Europe/Comisión, (T-443/09), apartado 32 y sentencia Evropaïki Dynamiki/BEI, antes citada, apartado 66.

26 — Sentencia de 2 de junio de 1976, Kampffmeyer/Consejo y Comisión (56/74, 57/74, 58/74, 59/74 y 60/74, Rec. p. 711), apartados 7 y 8.

27 — Véanse, entre otras, las sentencias de 2 de marzo de 1977, Eier-Kontor/Consejo y Comisión (44/76, Rec. p. 393), apartado 8 y de 14 de enero de 1987, Zuckerfabrik Bedburg/Consejo y Comisión (281/84, Rec. p. 49), apartado 14.

28 — Sentencia de 4 de octubre de 1979 (238/78, Rec. p. 2955).

otros [29], pues se consideró que existía una diferencia de trato injustificado entre el quellmehl y el almidón hinchado. Aunque el Consejo volvió a establecer las restituciones a la producción de quellmehl, ello se hizo con efecto retroactivo a partir de la fecha de la ya citada sentencia Ruckdeschel y otros.

59. Es así cómo, conociendo de un recurso de responsabilidad extracontractual, interpuesto con posterioridad a la sentencia Ruckdeschel por los productores de quellmehl, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto Ireks-Arkady/Consejo y Comisión que el Consejo sobrepasó de modo grave y manifiesto los límites que debe respetar al ejercer sus facultades discrecionales. En opinión del Tribunal de Justicia, el origen del perjuicio alegado por la demandante se encontraba en la supresión, por parte del Consejo, de las restituciones que deberían haber sido abonadas a los productores de quellmehl entre la fecha de la retirada de las restituciones y la fecha de publicación de la sentencia Ruckdeschel y otros. Y aunque en su decisión deja constancia de la dificultad que conllevaría la cuantificación precisa de dicho daño, el hecho de que éste no fuera categóricamente cierto no supuso obstáculo alguno a la hora de declarar la responsabilidad de la Comunidad.

60. El razonamiento de la sentencia Ireks-Arkady/Consejo y Comisión no se encuentra aislado en la jurisprudencia. Más recientemente, en el asunto Agraz y otros/Comisión, [30] el Tribunal de Justicia se enfrentaba a un supuesto en el que se discutía si la discrecionalidad de la que disfrutaba la Comisión a la hora de fijar el precio mínimo y el importe de la ayuda para los productos transformados a base de tomate para la campaña 2000/2001 impedía considerar que el perjuicio sufrido por los productores de dichos productos en varios Estados miembros fuera «cierto». En dicho asunto la Comisión no había tenido en cuenta el precio de los tomates chinos en el momento de fijar el importe de las ayudas, factor exigido por la normativa europea en la materia. El Tribunal de Primera Instancia declaró la ilegalidad del Reglamento por el que se determinaba el importe de las ayudas, al considerar que éste incurría en un vicio esencial de forma por el motivo antes señalado. Sin embargo, puesto que la discrecionalidad de la Comisión en la fijación del importe de las ayudas es muy amplia, el Tribunal de Primera Instancia consideró que no se trataba de un daño «cierto».

61. En la sentencia Agraz y otros/Comisión el Tribunal de Justicia se apartó de la solución acordada por el Tribunal de Primera Instancia y consideró que el daño sufrido por los productores de tomates era, en efecto, «cierto». En palabras del propio Tribunal de Justicia, «lejos de ser hipotética o puramente eventual, la existencia del perjuicio invocado por las recurrentes es incontestable. Además, a pesar de que subsiste una incertidumbre respecto de su cuantificación exacta, este perjuicio puede valorarse económicamente.» [31] El Tribunal de Justicia no consideró relevante el hecho de que no hubiera dificultades para dar salida a la producción comunitaria durante la campaña del año en causa, ni que el sistema de gestión planificada hubiera permitido garantizar una comercialización de la producción del tomate durante la campaña. Al haberse fijado un importe de ayudas contrario a Derecho, los productores de tomate de varios Estados miembros se vieron privados de la posibilidad de comercializarlo en términos más favorables. Esta circunstancia, sin perjuicio de que la cuantificación del daño no fuera absolutamente cierta, permitía a los recurrentes, según el Tribunal de Justicia, reclamar la reparación de un daño material indemnizable.

d) Recapitulación y propuesta

62. En atención a todo lo anterior, estimo que nuestra jurisprudencia ha hecho ya importantes avances que merecen ser examinados desde una perspectiva más general. Del análisis precedente se deduce que la pérdida de oportunidad no es sólo una prerrogativa indemnizatoria en manos del personal de las Instituciones, sino que se perfila como una categoría autónoma con ramificaciones en varias áreas del

29 — Sentencia de 19 de octubre de 1997 (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753).

30 — Sentencia de 9 de noviembre de 2006 (C-243/05 P, Rec. p. I-10833).

31 — Sentencia Agraz y otros/Comisión, antes citada, apartado 42.

Derecho de la Unión. Si a ello se suma que se trata de una categoría presente en un amplio número de Estados miembros, no resulta forzado afirmar que la pérdida de oportunidad, en tanto que elemento integrante del daño indemnizable, se integra en los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», tal como exige el artículo 340 TFUE, párrafo segundo.

63. Ahora bien, la jurisprudencia antes relatada no admite una pérdida de oportunidad sin más. Al contrario, se observa en las referidas sentencias una considerable cautela en el reconocimiento de este tipo de daño, al cual se rodea de varias condiciones de no sencillo cumplimiento.

64. En primer lugar, la pérdida de oportunidad debe ser «seria», tal como destaca la sentencia Girardot. Aunque existen diversas técnicas de medición de probabilidad, el Tribunal de Justicia debe optar por un criterio basado en la existencia sólida de una desventaja futura. En todo caso, la pérdida de oportunidad debe ser siempre lo suficientemente previsible como para que pueda demostrarse mediante los medios convencionales de prueba.

65. En segundo lugar, una pérdida de oportunidad seria no equivale a la producción de un daño cuyas probabilidades de confirmarse sean absolutas, pues de lo contrario no se tratará de una pérdida de oportunidad, sino de un lucro cesante. Nótese que en la mayoría de los asuntos en los que los tribunales de la Unión se han pronunciado al respecto han delegado la cuantificación de la pérdida de oportunidad en una sentencia interlocutoria o, en el caso de una sentencia casacional, en una nueva sentencia de instancia tras la devolución de los autos. Ello explica por qué hasta hoy el Tribunal de Justicia no ha tenido demasiadas oportunidades de desarrollar su jurisprudencia en este punto.

66. En tercer lugar, la pérdida de oportunidad no otorga un derecho a ser resarcido por la pérdida *íntegra* de la ganancia cuya expectativa se ha frustrado. La Sra. Girardot no podía reclamar el importe total de los salarios percibidos en el caso de haber sido contratada, de la misma manera que el licitador excluido no podía tampoco exigir el precio total del contrato en los términos formulados en su oferta. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han seguido la práctica de los Estados miembros al reconocer un daño siempre en mayor o menor medida inferior al de la ganancia cuya posible obtención se frustró. Así, en el asunto Girardot el Tribunal General optó por un método, expresamente avalado por el Tribunal de Justicia, mediante el cual aplicó un coeficiente multiplicador del 0,5 a la pérdida de retribuciones sufridas por la Sra. Girardot. Este coeficiente representa una estimación del porcentaje de posibilidades que habría tenida la Sra. Girardot de obtener uno de los puestos de trabajo, en este caso de un 50 %.

67. En cuarto y último lugar, la prueba de la oportunidad en el caso concreto debe recaer, obviamente, sobre el demandante, pues a él corresponde demostrar no sólo la seriedad de la oportunidad frustrada, sino también el grado de probabilidad que efectivamente existía. La aparición de metodologías altamente sofisticadas capaces de medir la probabilidad de ganancias futuras, incluso ganancias futuras frustradas, facilita a las partes esta labor, especialmente en el terreno del Derecho económico, llegado el momento de determinar con precisión el importe económico de la oportunidad pérdida.

68. En resumen, no encuentro motivos para excluir con carácter general que la pérdida de oportunidad constituya una parte integrante del daño indemnizable, sobre la base del artículo 340 TFUE, párrafo segundo. La evolución del Derecho comparado, el desarrollo de nuestra jurisprudencia, y los medios de prueba a disposición actualmente de las partes, permiten al Tribunal de Justicia declarar que el Derecho de daños de la Unión resarce las pérdidas de oportunidad serias fruto de un acto ilícito adoptado por una Institución.

69. A la vista de los razonamientos recién expuestos, paso a continuación a analizar el motivo planteado por el Sr. Giordano, relativo al carácter «cierto» del daño en el caso de autos.

e) Apreciación del motivo objeto de análisis

70. En la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que el recurrente no había sufrido un daño cierto por el hecho de que el legislador de la Unión no había atribuido un derecho subjetivo al agotamiento de la cuota. Sobre esta premisa, mediante la cual se asocia estrechamente la noción de un derecho subjetivo a la cuota y a su agotamiento con el tercer requisito de la responsabilidad extracontractual de la Unión, a saber, la existencia de un daño indemnizable, el Tribunal General declaró que el daño sufrido por el Sr. Giordano no era «cierto» y, en consecuencia, desestimó su recurso.

71. En apoyo de su argumentación, el Tribunal General cita «por analogía» la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo y otros/Consejo, [32] donde se estableció que la fijación de una cuota por un acto de la Unión no atribuye derecho alguno a su titular, sino que simplemente fija un umbral máximo de capturas. [33]

72. Es importante destacar que la sentencia Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo fue recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia, y que el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia fue acogido en sus líneas generales. [34] Sin embargo, el Tribunal de Justicia únicamente se pronunció sobre si la cuota atribuye un derecho al referirse al ilícito, y no al daño. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión, al igual que el Tribunal de Primera Instancia, de que las medidas declaradas ilegales contrariaban unas normas de Derecho de la Unión, en concreto el principio de estabilidad relativa y el Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, «que no tienen por objeto otorgar derechos subjetivos a los particulares». [35] Por tanto, la violación de dichas normas no confería a los recurrentes un derecho a indemnización con arreglo al entonces artículos 288 CE (ahora 340 TFUE, párrafo segundo).

73. Ahora bien, en la sentencia del Tribunal de Justicia en el referido asunto, en ningún momento se pronunció sobre si la infracción había producido un daño «cierto». El Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia allí recurrida, sí lo hizo y consideró que, a causa de la inexistencia de un derecho subjetivo y de la imprevisibilidad de futuras capturas, el daño sufrido por los recurrentes no era «cierto» y por tanto no era susceptible de indemnización.

74. Visto lo anterior, entiendo que el Tribunal General, en la sentencia aquí recurrida, no seguía una jurisprudencia del Tribunal de Justicia al considerar que el daño sufrido por el Sr. Giordano no era «cierto», sino que aplicaba una jurisprudencia relativa al carácter ilícito de la medida causante del daño. [36] Esta doctrina ha llevado al Tribunal General, en mi criterio, a incurrir en un error de derecho.

75. En efecto, en el asunto Cofradía de Pescadores «San Pedro» de Bermeo se reclamaba un daño como consecuencia de la infracción del principio de estabilidad relativa y del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa. El Tribunal de Justicia confirmó, con razón, que estas disposiciones no atribuyen un derecho subjetivo a los titulares de cuotas de pesca, simplemente introducen un sistema de reparto de recursos acuáticos vivos entre los Estados miembros, cuyo posterior desarrollo exige numerosas disposiciones de Derecho de la Unión y nacional.

32 — Antes citado.

33 — Sentencia Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo y otros/Consejo, antes citada, apartado 118.

34 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2007, Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo y otros/Consejo, (C-6/06 P).

35 — Sentencia del Tribunal de Justicia Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo y otros/Consejo, antes citada, apartado 56.

36 — Nótese que la sentencia recurrida cita la sentencia Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo y otros/Consejo «por analogía», bien consciente de que su aplicación no se refiere a la misma cuestión.

76. Sin embargo, en el presento asunto, como más adelante se expondrá y como he tenido ocasión de explicar en detalle en las conclusiones en los asuntos acumulados Buono y otros/Comisión, el ilícito causante del daño no es otro que una infracción del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, norma que, según jurisprudencia ampliamente consolidada, sí constituye, en caso de infracción, una violación de norma superior que otorga derechos a los particulares. Por tanto, el Tribunal General se equivocó al considerar que una infracción como la prevista en el asunto Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo y otros/Consejo era equiparable a la existente en el caso de autos, que afecta nada menos que al principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

77. Debido a esta asociación entre ambos asuntos, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que el daño sufrido por el Sr. Giordano no es «cierto». Sin embargo, ese razonamiento no puede sostenerse.

78. Según consta en autos, el Sr. Giordano disponía de una licencia de pesca emitida por el Prefecto y sujeta a la cuota correspondiente, la cual ascendía a 132,02 toneladas. La autorización permitía la pesca desde el 1 de abril hasta el 30 de junio de 2008. Como consecuencia del Reglamento se interrumpió la pesca del atún rojo, con efectos desde el 16 de junio, en las aguas en las que operaba el Sr. Giordano. Hasta ese momento, y según consta en autos, las capturas del Sr. Giordano ascendían a un total de 71 571 toneladas. Por tanto, y como consecuencia del Reglamento nº 530/2008, el Sr. Giordano no pudo capturar las 60 449 toneladas de que disponía en virtud de su licencia.

79. A la luz de los criterios expuestos en los puntos 38 a 69 de estas conclusiones, es evidente que el Sr. Giordano fue privado de la oportunidad de obtener una ganancia futura, es decir, la ganancia procedente del agotamiento de su cuota de pesca. Que no se tenga un derecho a una cuota no es sinónimo de que el daño sea incierto, de la misma manera que el hecho de que una Institución goce de discrecionalidad tampoco priva al daño que se pueda cometer de su carácter cierto. El Tribunal General asocia erróneamente el requisito del otorgamiento de un derecho, tal como lo exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la hora de configurar el ilícito, con el requisito de la certeza exigido al daño. Se trata de una asociación que no sólo es ajena a la concepción tradicional del daño que viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino que además dificulta y en algunos casos deniega toda posibilidad de obtener reparación a pesar de haber sufrido un daño económicamente relevante.

80. La sentencia Agraz y otros/Comisión es contundente al referirse a una situación en la que el daño económico existe pero está asimismo sujeto a un alto nivel de indeterminación probabilística. Tras constatar que la Comisión goza de un amplio nivel de discrecionalidad, la cual no permite garantizar que en el futuro se adopte una decisión favorable para los intereses del recurrente, el Tribunal de Justicia declaraba que «a pesar de que subsiste una incertidumbre respecto de [la] cuantificación exacta, este perjuicio puede valorarse económicamente». [37] En todo caso, y como he expuesto ya en el punto 64 de estas conclusiones, lo importante es que la probabilidad de haber obtenido la ganancia sea *seria*.

81. Tal como ha quedado expuesto con anterioridad, la sentencia recurrida se limita a declarar que el daño no es «cierto» al no existir un derecho subjetivo derivado de la cuota. Este planteamiento, sumado al hecho de que el Sr. Giordano se ha visto privado de obtener una ganancia cuyo valor económico es incuestionable, es suficiente para concluir que el motivo invocado por el Sr. Giordano está fundado y, por tanto, anular la sentencia de instancia.

37 — Sentencia Agraz y otros/Comisión, antes citada, apartado 42.

B. *Sobre los restantes motivos*

82. A la luz de lo anterior, los restantes motivos devienen inoperantes, en vista de lo cual propongo al Tribunal de Justicia que estime parcialmente el recurso de casación acogiendo el motivo casacional primero, basados en el error en la interpretación del artículo 340 TFUE, párrafo segundo, en relación con el carácter «cierto» del daño sufrido por el recurrente.

VII. **Resolución definitiva del litigio**

83. De conformidad con el artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia, «cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General», pudiendo «resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita».

84. A mi juicio, estimo que el Tribunal de Justicia está en condiciones de resolver parcialmente el litigio.

85. A este respecto, según reiterada jurisprudencia, en materia de responsabilidad extracontractual de la Unión por comportamiento ilícito de sus instituciones y órganos, se reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que su violación esté suficientemente caracterizada, que se haya acreditado la realidad del daño y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción imputable a la Unión y el perjuicio sufrido por las víctimas. [38]

A. *Norma jurídica violada cuyo objeto es conferir derechos a los particulares y su violación esté suficientemente caracterizada*

86. Como ya ha quedado expuesto, el presente asunto se caracteriza por el hecho de que la norma jurídica violada no es otra que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, tal como lo confirmó el Tribunal de Justicia en su sentencia AJD Tuna. Nuestra jurisprudencia es abundante a este respecto, bastando la lesión de este principio crucial para la Unión a la hora de constatar que la violación está suficientemente caracterizada. [39]

87. Ahora bien, la única norma jurídica violada es el referido principio, y ningún otro de los alegados por el recurrente, pues el Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de referirse a las posibles violaciones que el Reglamento nº 530/2008 habría cometido de los principios de proporcionalidad, confianza legítima o propiedad, entre otros. La única tacha que pueda ponerse al referido Reglamento, tras el exhaustivo análisis efectuado por el Tribunal de Justicia en el citado AJD Tuna, es la que concierne al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. El Sr. Giordano se vio impedido, y en contra del referido principio, de realizar sus actividades de pesca durante una semana menos que los atuneros cerqueros con pabellón español.

88. Por tanto, se cumple la condición relativa a la existencia de una norma jurídica violada cuyo objeto es conferir derechos a los particulares y su violación esté suficientemente caracterizada.

38 — Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000 (Bergaderm y Goupil/Comisión, C-352/98 P, Rec. p. I-5291), apartado 42; de 10 de diciembre de 2002, Comisión/Camar y Tico (C-312/00 P, Rec. p. I-11355), apartado 53, y de 10 de julio de 2003, Comisión/Fresh Marine (C-472/00 P, Rec. p. I-7541), apartado 25.

39 — Véanse, entre otras, las sentencias de 25 de mayo de 1978, HNL y otros/Consejo y Comisión (83/76 y 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209), apartado 5; Ireks-Arkady y otros/Comisión, antes citada, apartado 11; de 15 de septiembre de 1982, (Kind/CEE (106/81, Rec. p. 2885), apartados 22 a 25 y de 18 de abril de 1991, Assurances du crédit/Consejo y Comisión (C-63/89, Rec. p. I-1799), apartados 14 a 23.

B. *Relación de causalidad directa entre la infracción imputable a la Unión y el daño sufrido por la víctima*

89. Asimismo, estimo que existe una relación causal directa entre la infracción imputable a la Unión y el daño sufrido por la víctima, pues es evidente que sólo el Reglamento nº 530/2008 es el causante de la interrupción sobrevenida de las actividades del Sr. Giordano.

90. No obstante, es importante introducir un matiz que condiciona el alcance de la responsabilidad.

91. El ilícito causante de un daño al Sr. Giordano es, como ya se ha expuesto, la infracción del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, en vista del trato diferenciado e injustificado entre los atuneros cerqueros de pabellón español y los restantes. Ya que los atuneros cerqueros españoles disfrutaron de una semana adicional de campaña, el Sr. Giordano se vio privado de un periodo precioso de actividad del que sí disfrutaron otras embarcaciones.

92. Puesto que la responsabilidad invocada por el recurrente se basa en un acto ilícito, y habiendo descartado en el apartado anterior la existencia de otras tachas de ilicitud que afecten al Reglamento nº 530/2008, entiendo que únicamente existe un vínculo causal entre el acto constitutivo de la discriminación, es decir, la semana de pesca adicional que disfrutaron los atuneros cerqueros de pabellón español, y el daño sufrido. La discriminación declarada ilícita por el Tribunal de Justicia en el citado asunto AJD Tuna dejaba en peor posición al recurrente únicamente durante una semana, pero no durante la semana siguiente, en la que todos los atuneros, incluidos los españoles, vieron impedida su actividad.

93. El hecho de que la responsabilidad extracontractual de la Unión se base eminentemente en la ilicitud del daño, tal como la ha invocado el recurrente en este asunto, obliga por tanto a que el vínculo causal se limite a engarzar los hechos ilícitos con los daños sufridos, pero no a otros hechos ajenos al ilícito, por muy unidos que puedan estar a las circunstancias de autos. Puesto que el ilícito constatado afecta a la semana durante la cual el recurrente se vio injustificadamente privado de realizar una actividad económica, es éste el periodo temporal relevante a efectos de la responsabilidad extracontractual por ilícito.

94. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que circunscriba el vínculo causal al existente en el periodo entre el 16 y el 23 de junio de 2008, en el que el Reglamento nº 530/2008 prohibió ilegalmente la actividad pesquera del recurrente, a diferencia de los atuneros cerqueros españoles.

95. En consecuencia, se cumple la condición relativa a la existencia de una relación de causalidad directa entre la infracción imputable a la Unión y el daño sufrido por la víctima, siempre y cuando se circunscriba el daño al periodo transcurrido entre el 16 de junio y el 23 de junio de 2008.

C. *Daño real y cierto*

96. Finalmente, es necesario constatar si se ha acreditado la realidad del daño, siendo éste real y cierto.

97. Como se ha expuesto en los puntos 49 a 61 de estas conclusiones, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido en reiteradas ocasiones que el carácter cierto de un daño no ha de ser necesariamente absoluto, pudiendo constatarse en el supuesto de una pérdida de oportunidad seria, directamente provocada por un acto ilícito de la Unión. No voy a repetir en este instante lo ya expuesto con detalle en los puntos 38 a 69 de estas conclusiones, pero basta con recordar aquí que una pérdida de oportunidad seria constituye un daño real y cierto susceptible de resarcimiento.

98. Consta en autos que el Sr. Giordano disfrutaba de una licencia de pesca que les permitía realizar una actividad económica hasta el día 30 de junio de 2008. Asimismo, y sin que la Comisión lo haya cuestionado, las cuotas de pesca de un armador como el Sr. Giordano se han agotado en los años precedentes y como regla general.

99. Además, el hecho de que hubiera indicios serios de que los caladeros sufrirían un agotamiento con anterioridad a la fecha de la campaña no parece haber impedido a los atuneros cerqueros de pabellón español seguir faenando entre el 16 y el 23 de junio de 2008, incluso en las mismas aguas en las que faenan habitualmente los atuneros cerqueros de pabellón francés, como el del Sr. Giordano.

100. Precisamente porque la pérdida de oportunidad no cubre el importe íntegro de la ganancia frustrada, los argumentos expuestos por la Comisión simplemente confirman que la probabilidad del Sr. Giordano de seguir cubriendo cuota durante la semana entre el 16 y el 23 de junio de 2008 no era absoluta, pero en nada desvirtúa el carácter serio de la oportunidad perdida.

101. Ahora bien, las partes en el proceso de instancia no han tenido oportunidad de debatir en detalle sobre las probabilidades precisas de ganancia del Sr. Giordano entre los referidos días del año 2008. Esta cuestión, íntimamente ligada a la cuantificación del daño sufrido, no fue debatida en los términos aquí expuestos durante el procedimiento ante el Tribunal General.

102. En consecuencia, invito al Tribunal de Justicia a que devuelva el asunto al Tribunal General, con el objeto de que se pronuncie, a la vista de los argumentos anteriormente expuestos, sobre la cuantificación precisa del daño sufrido por el recurrente.

VIII. **Costas**

103. A pesar de que se proponga devolver parcialmente el asunto al Tribunal General, considero que la cuestión principal del presente recurso ha quedado resuelta en sus puntos principales. Por tanto, y con arreglo a los artículos 138, apartado 1 y 184, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, propongo al Tribunal de Justicia que condene al pago de las costas del presente recurso de casación a la Comisión.

IX. **Conclusión**

104. En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que decida: Estimar parcialmente el recurso de casación acogiendo el motivo casacional primero, basado en el error en la interpretación del artículo 340 TFUE, párrafo segundo, en relación con el carácter «cierto» del daño sufrido por el recurrente y, en consecuencia:

1) Anular la sentencia del Tribunal General en el asunto T-114/11, de 7 de noviembre de 2012.

2) Estimar el recurso de responsabilidad extracontractual instado por el Sr. Giordano y declarar la responsabilidad extracontractual de la Unión con motivo de la aprobación del Reglamento nº 530/2008 de la Comisión, de 12 de junio de 2008, al haberse probado el cumplimiento de las condiciones constitutivas de la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 340, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3) Devolver el asunto al Tribunal General para que se pronuncie sobre la cuantificación del daño sufrido por el Sr. Giordano.

4) Condenar a la Comisión al pago de las costas del procedimiento en primera instancia en el asunto T-114/11, de 7 de noviembre de 2012 y del recurso de casación.