

EL FIN DEL CASO FACTORTAME. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FINAL DEL REINO UNIDO (*)

Por

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. *Las etapas de la jurisprudencia Factortame.*—II. *El problema de fondo. Los caladeros tradicionales de los pescadores españoles y su afectación por la extensión de la zona de pesca comunitaria a 200 millas por la Resolución de La Haya de 1976. El acuerdo de pesca hispano-comunitario de 1980. La incorporación de España a la CEE. La Política Común de Pesca de 1983. La primera British Fishing Act de 1983 y la reserva en favor de tripulaciones comunitarias; la reacción en las Sentencias del Tribunal de Justicia Aegate y Jadrow, 1987. La Merchant Shipping Act de 1988 y sus reservas en favor de nacionales y residentes.*—III. *La impugnación por los pescadores españoles del Reglamento de la Ley sobre registro de barcos y la excepción de inaplicación de la Ley por contraria al Derecho comunitario.*—IV. *La batalla por las medidas cautelares (interim relief) de suspensión de la Ley ante los Tribunales ingleses y cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia sobre estas medidas cautelares, así como sobre el fondo.*—V. *El recurso paralelo de la Comisión contra Reino Unido ante el Tribunal de Justicia ex artículo 169 Tratado CE. El Auto de référé de 10-X-1989.*—VI. *La Sentencia Factortame I del Tribunal de Justicia de 9-VI-1990 y su doctrina sobre la facultad-obligación de los jueces nacionales de suspender cautelarmente las leyes que contradigan aparentemente el Derecho comunitario. Su ejecución por la Cámara de los Lores. Sentencia Factortame II del Tribunal de Justicia de 25-VII-1991, que resuelve la cuestión prejudicial sobre el fondo declarando las reservas en favor de nacionales y de residentes contrarias al Derecho comunitario. Confirmación de esta doctrina por la Sentencia Comisión c. Reino Unido, de 4-X-1991.*—VII. *La reclamación de indemnización de los pescadores españoles por los daños causados mientras se aplicó la Merchant Shipping Act. La doctrina Francovich y su apertura de la vía reparatoria, negada por la jurisprudencia inglesa. La petición de daños «ejemplares» o punitivos. La cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia.*—VIII. *La Sentencia Brasserie du Pêcheur/Factortame III, 5-III-1996, sobre responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario y sus novedades sobre Francovich. La remisión a los órganos jurisdiccionales estatales.*—IX. *La significación de la Sentencia Brasserie/Factortame III en la doctrina de la responsabilidad de los Estados. La responsabilidad por actos legislativos y la inaplicabilidad de los límites de los Derechos nacionales a este tipo de responsabilidad.*—X. *La Sentencia de la Divisional Court inglesa Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, de 31 de julio de 1997, como final del caso. La calidad de la Sentencia y su planteamiento general.*—XI. *Análisis de la Sentencia de la Divisional Court sobre la responsabilidad del Estado inglés. Exposición de los hechos y valoración general de la conducta del Reino Unido; la exculpación de dolo o mala fe. El análisis de si la infracción del Derecho comunitario fue suficientemente seria o caracterizada. La utilización de la doctrina de la Sentencia Dillenkofer (8-X-1996), posterior a Brasserie/Factortame III, y que excusa el elemento intencional como causa de la responsabilidad. El análisis de la jurisprudencia sobre el artículo 215 Tratado CE y la introducción del argumento de la importancia de las normas comunitarias infringidas para calificar de grave la infracción. Inadmisión de la doctrina sobre el error excusable. Aplicación al caso: manifiesto y grave disregard de los límites de la discrecionalidad. La gravedad especial en el retraso en cumplir la suspensión cautelar acordada por el Tribunal de Justicia en el caso de*

(*) Este trabajo se publicará en los *Mélanges dédiés à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, en prensa.

un recurrente. El problema de los exemplary damages: interpretación restrictiva de la institución y su denegación.—XII. Remisión a una decisión ulterior para la fijación de las cuantías indemnizatorias. Valoración final de la Sentencia inglesa, su lucidez y su resolución. El contraste con la Sentencia alemana (Bundesgerichtshof 24-X-1996) en el caso Brasserie du Pêcheur.

I

Factortame ha pasado a ser uno de los grandes casos del Derecho comunitario, con tres Sentencias sucesivas del Tribunal de Justicia (seis, si contamos *Aegegate* y *Jaderow* más *Comisión c. Reino Unido*, que recaen sobre los mismos hechos), además de un Auto, todos sumamente relevantes.

Los datos de esta jurisprudencia son los siguientes:

- Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1989 (asunto C-246/89), acordando, al amparo del artículo 186 del Tratado CE, medidas provisionales de suspensión de varios preceptos de la Ley inglesa *Merchant Shipping Act* de 3 de mayo de 1988; el Auto se produce en el recurso interpuesto por la Comisión contra el Gobierno británico por la vía del artículo 169 del Tratado CE por entender que la Ley citada vulneraba el Derecho comunitario.
- Sentencia *Factortame I*, de 19 de junio de 1990 (asunto C-213/89): se produce en cuestión prejudicial (art. 177 del Tratado) planteada por la Cámara de los Lores sobre la posibilidad de que los jueces nacionales puedan suspender sus propias Leyes (en la ocasión, la *Merchant Shipping Act* de 1988) por ser aparentemente contrarias al Derecho comunitario.
- Sentencia *Factortame II*, de 25 de julio de 1991 (C-221/89): resuelve la cuestión prejudicial sobre el fondo de la compatibilidad entre la *Merchant Shipping Act* y el Derecho comunitario que había planteado la *Divisional Court de la High Court*.
- Sentencia *Comisión c. Reino Unido*, de 4 de octubre de 1991 (C-246/89): resuelve estimatoriamente el recurso de la Comisión contra el Gobierno británico declarando que la *Merchant Shipping Act* infringe el Derecho comunitario.
- Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, de 5 de marzo de 1996 (asuntos acumulados C-46/93 y 48/93), en relación con la responsabilidad del Reino Unido por infracción del Derecho comunitario por la propia *Merchant Shipping Act*, resol-

viendo cuestión prejudicial planteada por los Tribunales ingleses.

Pero también resuelven parcialmente varios extremos idénticos a los que luego aborda la jurisprudencia *Factortame* las Sentencias *Agegate* (C-3/87) y *Jaderow* (C-216/87), las dos de la misma fecha, 14 de diciembre de 1989, dictadas en procedimientos del artículo 177 del Tratado CE.

Un considerable *corpus* jurisprudencial y correlativamente doctrinal se ha volcado, pues, sobre este asunto, que básicamente se refiere a las condiciones en que los pescadores españoles pueden ejercitar su actividad desde el suelo inglés, pero que, para resolver el problema, ha acertado a formular principios esenciales del Derecho comunitario.

A la vez, esta jurisprudencia ha supuesto un verdadero revulsivo en el Derecho Constitucional británico, que ha debido arrumbar dogmas básicos establecidos hace más de tres siglos.

II

Contaré sumariamente los términos del problema que dio origen a esas Sentencias.

España había venido pescando secularmente (especialmente caladero llamado del «Gran Sol», que cuenta incluso con obras literarias, como el libro de poemas de José M.^a CASTROVIEJO en los años cuarenta, y la excelente novela de los cincuenta de Ignacio ALDECOA de ese título, 1969, constantemente reeditada) en lo que a partir de noviembre de 1976 (Resolución de La Haya de los Estados miembros de la CE) se incluyó en la zona de pesca comunitaria (línea de 200 millas) de sus costas; hasta ese momento era de 12 millas (1). De esa tradición partió el Real Decreto español 2517/1976, de 8 de octubre, previendo la actuación futura de los barcos españoles por la vía de «empresas pesqueras conjuntas» o *joint venture* con empresas de Estados comunitarios, fórmula estimulada por la Administración española con créditos bonificados, cobertura de riesgos y otros beneficios; se

(1) Como es sabido, la extensión de una zona económica exclusiva más allá del límite tradicional de las aguas jurisdiccionales, que comenzó por iniciativa de algunos países hispanoamericanos, se generalizó luego a través de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1958, cuyos resultados se codificaron en la Convención de 1982, que, aunque no entró en vigor como Derecho convencional, ha pasado a ser Derecho internacional consuetudinario general, según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya.

apuntaba con explicitud a que estas «empresas pesqueras conjuntas» deberían formarse con aportación de barcos españoles y con un «efectivo control de la gestión» por parte española (arts. 3 y 4).

La Resolución de La Haya que extendió la zona de pesca a 200 millas había previsto también que el acceso de los barcos de terceros países a la explotación de los recursos pesqueros reservados debía ser objeto de acuerdo con la CEE. Al amparo de esta previsión, el 15 de abril de 1980 se firmó un acuerdo sobre pesca entre España y la CEE, sobre la base de la reciprocidad en la explotación de sus respectivos recursos pesqueros. Un limitado número de barcos españoles podrían pescar en aguas comunitarias cuyas áreas se determinasen, para pescar especies igualmente concretadas, a cuyo efecto se otorgarían licencias limitadas y específicas anuales.

En 1985, el Reino de España se incorporó a las Comunidades Europeas mediante el Tratado de Adhesión de 12 de julio de ese año. Los artículos 154 y siguientes de este Tratado limitaron el número de barcos españoles que podrían faenar en las distintas zonas, en períodos determinados, en cuotas de pesca igualmente precisadas y en unos plazos cuya revisión comenzaría en 1993.

Pero entre tanto se había establecido, al amparo del artículo 38 del Tratado CE, la Política Común de Pesca en 1980, con efectos a partir de 1 de enero de 1981, régimen regulado en 1983 por el Reglamento del Consejo 170/83, que introdujo el sistema de cuotas nacionales de pesca, que limitaba el total de capturas para los barcos que enarbolasen banderas de los Estados respectivos. Es a partir de este momento cuando los armadores españoles, que ya habían iniciado esa política, constituyen sistemáticamente compañías inglesas e inscriben sus barcos en los Registros ingleses, con objeto de tener acceso a la cuota inglesa, aunque las tripulaciones de tales barcos eran españolas y la pesca era descargada casi en su integridad en puertos españoles. La incorporación de España a las Comunidades intensificó esta práctica.

Inmediatamente, las autoridades inglesas comienzan una actividad normativa que parte de la idea de que el sistema de cuotas supone un *genuine bond* entre el Estado inglés y los barcos que faenan en sus costas. Una primera *British Fishing Boats Act* se promulgó en 1983, que limitó el registro de barcos en el Reino Unido a aquellos cuya tripulación fuese al menos del 75 por 100 de nacionales de los Estados miembros de la CEE, aunque de hecho la inmediata adhesión de España a las Comunidades privó de efectividad práctica a estas reglas limitativas para los pescadores españoles.

Las autoridades pesqueras inglesas emprendieron entonces la vía de introducir nuevas condiciones en las licencias: condiciones opera-

tivas (los barcos autorizados debían desembarcar al menos el 50 por 100 de sus capturas en puertos ingleses y debían permanecer en estos puertos por períodos de quince días al menos cuatro veces al año), las tripulaciones debían incluir al menos el 75 por 100 de residentes en suelo británico y pagar seguridad social en el Reino Unido.

Esta política de licencias, impugnada por los pescadores españoles, dará lugar a los dos primeros casos que llegan, por la vía de las cuestiones prejudiciales, al Tribunal de Justicia de las Comunidades, los casos *Agègate* (asunto C-3/87) y *Jaderow* (asunto 216/87), Sentencias las dos de la misma fecha, 14 de diciembre de 1989. Ambas Sentencias estimaron contrarias al Derecho comunitario tanto las exigencias de residencia como la del seguro social de las tripulaciones. Precedente sumamente importante para los asuntos *Factortame*, como veremos.

Pero antes de que se dictasen esas Sentencias, desde 1986, la Administración inglesa había aun endurecido las condiciones de las licencias, según se declaró, para evitar «los problemas causados por un gran número de barcos de pesca cuyos propietarios efectivos son nacionales españoles residentes en España y que están pescando *nuestras cuotas* bajo nuestra bandera, utilizada como un pabellón de conveniencia» (carta de 14 de noviembre de 1986 del Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación al Secretario de Estado para los Asuntos Exteriores). En abril de 1987 el Gobierno anunció en la Cámara de los Lores que iba a presentar un proyecto legislativo con el fin de «asegurar que las cuotas del Reino Unido fuesen reservadas a los pescadores ingleses». Este proyecto legislativo, que concluyó siendo la *Merchant Shipping Act* de 3 de mayo de 1988, fue previamente consultado con la Comisión, que lo informó desfavorablemente (julio y septiembre de 1988) como contrario al Derecho comunitario, opinión que el Gobierno británico no compartió, por estimar que las «cuotas nacionales» legitimaban reservas nacionales de pesca y que, además, el Derecho Internacional avalaba la exigencia de control de los barcos con su bandera, llevando así adelante su proyecto.

Tras la aprobación de esta Ley comienza la larga batalla *Factortame Ltd.* (el nombre de la sociedad del primer recurrente, entre los 97 armadores españoles que se alzaron contra la aplicación de esa Ley y por el mantenimiento de su *status*).

III

La batalla judicial comienza con lo que en la terminología continental llamamos un recurso contencioso-administrativo, *judicial re-*

view en la inglesa, dirigido contra el Reglamento de la *Merchant Shipping Act* (ésta como tal no era recurrible ante los Tribunales ingleses por la tradición de la *parliamentary sovereignty*, que hace judicialmente inmunes a las Leyes del Parlamento), la *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulation Act*, 1988, que daba un plazo para que se regularizaran los registros de los barcos de pesca que se habían efectuado según el régimen de la normativa anterior; tal regularización implicaba su exclusión pura y simple, puesto que ninguna de las empresas españolas cumplía los rigurosos requisitos de nacionalidad y residencia establecidos por la *Merchant Shipping Act*, como ya sabemos. Desde el comienzo, los recurrentes españoles adujeron como base esencial de su argumentación que las exigencias de nacionalidad y residencia impuestas por la Ley inglesa eran manifiestamente contrarias al Derecho comunitario, el cual prevalecía sobre la Ley interna, que debía, por tanto, ser inaplicada, conforme a los principios bien establecidos del Derecho comunitario. Se invocaban como infringidos, en concreto, los artículos 6, 38, 40.3, 52, 58 y 221 del Tratado de Roma. A lo largo de los numerosos avatares procesales este planteamiento sustancial se mantuvo incambiado.

IV

La primera parte del largo proceso se planteó alrededor del tema de si procedía o no que los Tribunales ingleses dictasen inmediatas medidas cautelares (*interim relief*), suspendiendo la aplicación de la Ley y su Reglamento en cuanto manifiestamente contrarios al Derecho comunitario, en tanto se ventilaba el fondo. Se invocó entonces por los recurrentes que si no se producía esa suspensión los daños serían en verdad irreparables, dado que los perjuicios causados a las Compañías reclamantes no podrían ser indemnizados conforme al régimen común de responsabilidad civil del Estado vigente en el Reino Unido, según la *Crown Proceedings Act* de 1947. Igualmente se invocó el carácter manifiesto de la violación del Derecho comunitario y la necesidad de hacer efectivo el principio de la primacía de éste.

La *Divisional Court* de la *High Court of Justice* otorgó, sorprendentemente, la suspensión solicitada (Sentencia de 10 de marzo de 1989) en base al principio de primacía del Derecho comunitario, invocando su formulación clásica en la Sentencia *Simmenthal*, 1978, regla que habría pasado al Derecho inglés en virtud de la *European Community Act* de 1972, que precedió y articuló la incorporación del Reino Unido en las Comunidades. Citó, al efecto, a Lord Denning,

que en la Sentencia *Macartys Ltd. v. Smith*, 1981, lúcidamente había dicho: «El Derecho comunitario es ahora parte de nuestro Derecho y donde quiera que se encuentra una oposición a él, el Derecho comunitario tiene prioridad. No es un Derecho que suplante al Derecho inglés. Es parte de nuestro Derecho que desplaza a cualquier otra parte de él que sea contradictoria con el mismo.» A la vez planteó cuestión prejudicial (art. 177 CE) ante el Tribunal de Justicia para que resolviese definitivamente si existía o no esa contradicción de la Ley inglesa con el Derecho comunitario, como cuestión de fondo.

Pero la medida cautelar no fue efectiva porque, apelada por el *Solicitor General*, la *Court of Appeal*, trece días después (Sentencia de 23 de marzo de 1989), en un ejemplo notable de diligencia judicial, revocó la Sentencia anterior. Se invocó (y pesó sobre todo) la imposibilidad para los jueces de oponerse a una Ley del Parlamento; lo que se pedía era «enteramente inconstitucional». Por otra parte, se justifica la interpretación hecha por el legislador inglés sobre el tema de las cuotas nacionales de pesca y se dice que la cuestión podrá ser resuelta sólo por el Tribunal de Justicia (al cual había ya remitido la *Divisional Court* por la vía prejudicial del art. 177 la cuestión de fondo, como sabemos). Sólo, pues, previa una aclaración de la supuesta contradicción con el Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia ex artículo 177 del Tratado CEE, podría declararse la prioridad de ese Derecho, aunque lo que se estaba pidiendo fuese la suspensión del Reglamento y no de la Ley. Se cita, además, jurisprudencia que negaba la posibilidad de otorgar *interim relief* contra la Corona. Cree que los recurrentes podrían obtener lo que pretenden sólo si la Comisión interpusiese la acción por incumplimiento del artículo 169 del Tratado y pretendiese las medidas provisionales del artículo 186.

En una segunda apelación interviene la Cámara de los Lores, que dicta una Sentencia capital apenas mes y medio después que la anterior, 19 de mayo de 1989. La Sentencia, por una parte, confirma la de la *Court of Appeal*, aunque lo hace con una motivación completamente distinta; pero, por otra, resuelve plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia específicamente sobre el problema de si procede o no, según el Derecho comunitario, la medida cautelar solicitada. Lord Bridge of Harwich, *Master of the Rolls* en el asunto, afirma categóricamente que no caben *injunctions* u órdenes de hacer o de no hacer contra la Corona, lo que excluye la posibilidad de otorgar contra ella un *interim relief* (2), incluso después de la *Su-*

(2) Esta doctrina ha durado poco. Por la Sentencia *M. V. Home Office*, de 27 de julio 1993, en un tema de asilo político a extranjeros, la Cámara de los Lores, seguramente influida por la doctrina general comunitaria, ha admitido ya abiertamente la posibilidad de

preme Court Act de 1981, que es (sobre la base de unas *Rules* internas acordadas por la *High Court* en 1977) la verdadera creadora del contencioso-administrativo actual en el Reino Unido. No obstante esta doctrina, que argumentó largamente, entiende que la entrada en juego del Derecho comunitario podría hacer variar la situación, por lo que lo procedente era plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal, pero no ya sobre el fondo, que esto ya había quedado planteado por la *Divisional Court*, sino limitada al problema específico de la disponibilidad de medidas cautelares contra leyes internas en protección del Derecho comunitario.

Esta cuestión prejudicial, que será la resuelta por el Tribunal de Justicia por la Sentencia *Factortame I*, de 19 de junio de 1990, será decisiva, tanto para el Derecho inglés como para el Derecho comunitario.

V

Pero antes de entrar en el examen de esa Sentencia, hemos de hablar de cómo el propio Tribunal de Justicia se adelantó a la solución a aplicar por las jurisdicciones inglesas, en el recurso por incumplimiento del Derecho comunitario que, al amparo del artículo 169 del Tratado, había interpuesto la Comisión contra el Gobierno del Reino Unido por causa de la misma *Merchant Shipping Act* de 1988.

Ya hemos notado que, consultada la Comisión por el Gobierno inglés sobre la compatibilidad de dicha Ley, cuando la misma estaba en fase de elaboración y aprobación, con el Derecho comunitario, su informe había sido resueltamente negativo. El Gobierno inglés no tuvo en cuenta esta opinión, que era puramente consultiva y no vinculante, y llevó adelante el Proyecto e hizo aprobar la Ley en el Parlamento. Pero contra ésta la Comisión, al amparo del artículo 169 del Tratado CEE, interpuso recurso por incumplimiento del Derecho comunitario (asunto 246/89). Dentro de este procedimiento la Comisión pidió la suspensión cautelar inmediata de los preceptos más hirientes de la *Merchant Shipping Act* al amparo del artículo 186 del Tratado. El Presidente del Tribunal de Justicia (competente, según el Reglamento de Procedimiento del Tribunal, para resolver las demandas cautelares o de *référé*, salvo que estime conveniente remitirlo al Pleno) acordó mediante *Auto de 10 de octubre de 1989* una suspensión parcial de la Ley en los artículos que atañían «a los nacionales

injunctions (y, por tanto, de medidas cautelares) contra la Corona. Vid. WADE-FORSYTH, *Administrative Law*, 7.ª ed., Oxford, 1994, pág. 824, nota.

de otros Estados miembros y para los navíos de pesca que ejercieron hasta el 31 de marzo [fecha de entrada en vigor de las restricciones de la Ley] una actividad de pesca bajo pabellón británico y con licencia de pesca británica».

Fue ésta, por cierto, la primera vez en que el Tribunal de Justicia acordó la suspensión de una Ley nacional como medida cautelar en el procedimiento del artículo 169.

La motivación se basa en el artículo 83.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, que requiere dos cosas para otorgar la medida provisional: justificar la urgencia, así como «fundamentos de derecho que justifiquen *a primera vista* la concesión de la medida provisional solicitada». Ese «a primera vista» es el famoso *fumus boni iuris*, que tanto parece haber irritado, por cierto, a los redactores del Proyecto español de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1995 y aun a algunos de nuestros jueces (3). Como *fumus boni iuris*, ya en su fórmula latina, o apariencia de buen derecho, se razona en el Auto, observando que el sistema de cuotas nacionales introducido en 1983 no puede permitir «a primera vista» que las condiciones de acceso a las actividades pesqueras «puedan derogar la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad contenida en los artículos 52 y 221 del Tratado», ni la de participar financieramente en el capital de las sociedades en el sentido del artículo 58. Rechaza los argumentos de Derecho Internacional argüidos por el Reino Unido sobre el derecho de los Estados sobre jurisdicción y control de los barcos que enarbolan su bandera. Examina, finalmente, el requisito de la urgencia, a su juicio evidente.

La medida cautelar fue aplicada por la Administración británica a partir del 2 de noviembre de 1989.

VI

Finalmente, en el procedimiento de prejudicialidad abierto por la Cámara de los Lores se llega a Sentencia en 19 de junio de 1990, la Sentencia *Factortame I* (caso 213/89). Podría entenderse que el Auto de 10 de octubre de 1989, que acabamos de exponer, producido en el recurso de la Comisión contra el Reino Unido *ex* artículo 169 del Tratado (C-246/89), había hecho casi obvia la decisión que en esta Sentencia *Factortame I* se contiene. Pero lo cierto es que esta Sentencia va bastante más allá que el Auto anterior, porque resuelve que no

(3) Cfr. mi libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^a ed. ampliada, Madrid, 1997, págs. 308 y ss.

sólo el propio Tribunal de Justicia, que es lo que el Auto había dicho, sino cualquier Tribunal nacional es competente para suspender la aplicación de Leyes formales de su propio Estado cuando se dan los requisitos de la urgencia y de la contradicción «a primera vista» con el Derecho comunitario de una Ley nacional.

Pero la cuidadosa redacción de la Sentencia contiene una explicación sistemática de la regla que por primera vez se declara sobre un sólido fundamento de principios. Comienza con la regla de la primacía del Derecho comunitario, explicada sobre los clásicos fundamentos de la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978. El «principio de la primacía del Derecho comunitario hace inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional»; corresponde a «las jurisdicciones nacionales, por aplicación del principio de cooperación enunciado en el artículo 5 del Tratado, asegurar la protección jurídica que deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario». Y, ya por su cuenta, añade *Factortame I*: «la plena eficacia del Derecho comunitario se encontraría completamente disminuida si una regla de Derecho nacional pudiese impedir al juez que conoce de su litigio regido por el Derecho comunitario acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho comunitario». La Sentencia, pues, enalteciendo la eficacia del principio de primacía, viene a hacer obligado para el juez nacional aplicar medidas cautelares contra sus propias Leyes nacionales cuando se cumplan los requisitos propios del régimen propio de esas medidas (urgencia y *fumus boni iuris*).

Siguiendo estos criterios, la Cámara de los Lores otorgó, en efecto, la medida de suspensión de la *Merchant Shipping Act* en sus contenidos discriminatorios contra los pescadores españoles por su resolución, inmediatamente dictada, de 10 de julio de 1990, suspensión más amplia, por cierto, que la que había resultado del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1989.

Como ya hemos notado, las Sentencias *Agegate* y *Jaderow*, de 14 de diciembre de 1989, declararon, por la vía prejudicial del artículo 177 del Tratado, la contradicción con el Derecho comunitario de la exigencia de residencia británica del 75 por 100 de los miembros de las tripulaciones de los barcos pesqueros, regla que procedía de normas reglamentarias inmediatamente anteriores a la *Merchant Shipping Act* de 1988 y que ésta, a su vez, junto con mayores restricciones, reiteró, otorgándole su superior rango.

En fin, se produce el 25 de julio de 1991 la Sentencia *Factortame II* (C-221/89), que resuelve en cuanto al fondo la cuestión prejudicial que había planteado la *Divisional Court* sobre la compatibilidad de la *Merchant Shipping Act* con el Derecho comunitario. Declara contrarias al Derecho comunitario todas las reservas de nacionalidad, domicilio o residencia contenidas en la Ley inglesa (titulares del capital de las compañías armadoras, tripulaciones, destino de las capturas).

Este juicio se confirmará poco después en la Sentencia *Comisión c. Reino Unido* (C-246/89), de 4 de octubre del mismo año 1991, que estimó el recurso interpuesto por la Comisión *ex* artículo 169 del Tratado CE.

VII

Resueltas así definitivamente, primero, la cuestión de las medidas cautelares, tanto por la jurisdicción comunitaria como por las jurisdicciones nacionales contra una Ley *prima facie* contraria al Derecho comunitario, y, segundo, la efectiva declaración por dos Sentencias definitivas de la violación por dicha Ley del Derecho comunitario, los recurrentes plantearon inmediatamente ante los Tribunales ingleses una acción contra la Administración británica por los daños y perjuicios que habían sufrido durante el período en que se aplicó la *Merchant Shipping Act* y tuvieron, en consecuencia, que tener amarrados sus barcos en el puerto, o incluso que venderlos o aun desguazarlos en condiciones especialmente gravosas.

Como es sabido, la Sentencia del Tribunal de Justicia *Francovich y otros* (caso 6/90), de 19 de noviembre de 1991, había introducido el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables. A esta regla se acogieron los pescadores españoles, excluyendo la aplicación de la inglesa *Crow Proceedings Act* de 1947, muy restrictiva y que hubiese excluido la posibilidad misma de plantear una indemnización por daños producidos por aplicación de una Ley del Parlamento (4).

Los daños imputados a la aplicación de la *Merchant Shipping Act* fueron limitados en el tiempo, justamente por la eficacia de las me-

(4) Antes de *Francovich*, la *Court of Appeal* había declarado en su Sentencia *Bourgoin/Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, 1986, que el Estado no estaba obligado a indemnizar por daños producidos por violación del Derecho Comunitario ni con arreglo al Derecho inglés ni según el Derecho Comunitario mismo. Es, pues, la doctrina *Francovich* la que ha hecho posible la indemnización pedida por los pescadores españoles y ahora resuelta.

didadas cautelares de suspensión acordadas por el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1989 (C-246/89, *Comisión v. Reino Unido*) y extendidas por la Cámara de los Lores tras la Sentencia del mismo Tribunal de Justicia *Factortame I*. El resultado fue que los daños reclamables fueron los producidos entre 1 de abril de 1989 (fecha de entrada en vigor de la *Merchant Shipping Act*) y 2 de noviembre del mismo año (fecha de aplicación de las medidas cautelares suspensivas).

Al dar cumplimiento en 2 de octubre de 1991 a *Factortame II*, que desmontaba todo el sistema de reservas nacionales de pesca que había intentado montar la *Merchant Shipping Act*, la *Divisional Court* instó a los pescadores españoles a que precisasen su demanda de indemnización (que habían avanzado al comienzo de toda su actuación judicial) frente al Secretario de Estado del Transporte, ofrecimiento que extendió más tarde a otras personas, admitiendo también en hipótesis que se pudiesen pedir «daños ejemplares» o disuasorios. En concreto, las indemnizaciones reclamadas incluían los gastos efectuados, las pérdidas sufridas desde que comenzó a aplicarse la Ley de 1988 (1 de abril de 1989) hasta su suspensión cautelar (2 de noviembre del mismo año), que se especificaban en múltiples partidas. Por otra parte, se reclamaron también los daños llamados «ejemplares» («disuasorios», en la versión oficial española de *Factortame III*), *exemplary damages for unconstitutional behaviour*, que suponen un incremento porcentual de la indemnización de reparación de los daños reales con un sentido de penalidad.

Antes de resolver sobre el fondo, la *Divisional Court* planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades, que era ya la tercera. Se preguntaba, en concreto, si los pescadores españoles, a la vista de la Sentencia *Factortame II*, que había declarado que los requisitos de nacionalidad y residencia para el ejercicio de la pesca en aguas británicas contradecían los artículos 5, 7, 52 y 221 del Tratado CE, tenían derecho a ser indemnizados, especificando hasta siete conceptos (el último, el de los *exemplary damages*) de indemnización, que eran los pedidos por los reclamantes.

VIII

Esta cuestión prejudicial fue la que dio lugar a la Sentencia *Factortame III*, de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur SA/Factortame Ltd. y otros*, autos acumulados C-46/93 y 48/93; el último de estos dos números es el que corresponde a *Factortame*).

La Sentencia comienza recordando la doctrina de la Sentencia *Francovich y otros*, de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y C-9/90), según la cual el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, como una exigencia de la plena efectividad de las normas comunitarias. La Sentencia sienta, sin embargo, una pauta nueva (que no figuraba en *Francovich*) para concretar el alcance de esa responsabilidad, la que ofrece el párrafo 2.º del artículo 215 del Tratado a propósito de la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias. No es obstáculo para afirmar esa responsabilidad el hecho de que el incumplimiento proceda del legislador nacional, que no goza de ninguna inmunidad ante el Derecho comunitario. Pero el derecho a la indemnización depende de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario, como había dicho ya *Francovich* y ha especificado, sobre todo, la jurisprudencia aplicativa del artículo 215. La Sentencia hace notar que el criterio restrictivo que en la aplicación de este artículo se ha seguido está determinado por «la amplia facultad de apreciación de que disponen las instituciones» para la formulación, especialmente en vía normativa, de políticas comunitarias que implican opciones de política económica. Pero tal libertad de apreciación no es lo normal para el legislador nacional cuando actúa en el ámbito del Derecho comunitario, aunque pueda haber supuestos en que esa libertad podría reconocérsele. Especialmente reconoce (§ 49 de la Sentencia) que

«el legislador del Reino Unido también disponía de una facultad de apreciación amplia. En efecto, la legislación controvertida se refería, por una parte, al registro de buques, ámbito que, habida cuenta del estado de desarrollo del Derecho comunitario, es competencia de los Estados miembros y, por otra parte, a la normativa de las actividades de pesca, sector en el que la aplicación de la política comunitaria deja cierto margen de apreciación a los Estados miembros».

Y en § 50:

«Por tanto, en los dos procedimientos principales [*Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, que ya sabemos que se resolvieron acumuladamente por la misma Sentencia], los legisladores alemán y del Reino Unido estaban confrontados a situaciones que implicaban opciones

comparables a las efectuadas por las Instituciones comunitarias al adoptar actos normativos encuadrados dentro de una política comunitaria.»

Supuesto lo cual, § 51:

«En estas circunstancias, el Derecho comunitario reconoce un derecho a una indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas»,

requisitos que «se corresponden sustancialmente con los establecidos por el propio Tribunal de Justicia al aplicar el artículo 215» (§ 53).

La Sentencia afirma seguidamente (§ 54) que el primer requisito se cumple en el caso *Factortame*, ya que los artículos 30 y 52 del Tratado, según jurisprudencia que citan, generan efectivos derechos a favor de los particulares.

Los §§ 55, 56 y 57 examinan el requisito de que la infracción del Derecho comunitario deba ser «suficientemente caracterizada», que el Tribunal entiende que supone «una inobservancia manifiesta y grave de los límites a la facultad de apreciación». Por otra parte, ha de tenerse en cuenta «el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada», «la amplitud del margen de apreciación» que la norma deja a los Estados, «el carácter intencional o involuntario» de la infracción y del perjuicio causado, «el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho», «la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria haya podido contribuir a la omisión», «la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario». El § 57 precisa, más contundentemente, que «una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una Sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado».

Ahora bien, el órgano jurisdiccional a quien compete este juicio no es el propio Tribunal de Justicia, como ya había precisado *Francoovich*: son los Tribunales nacionales, precisa el § 58, «los únicos competentes para determinar los hechos de los asuntos principales y para caracterizar las violaciones del Derecho comunitario de que se

trata», sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia deba precisar ciertas circunstancias del caso (5). Así (§ 61), el criterio de la *Merchant Shipping Act* de condicionar el registro de buques a un requisito de nacionalidad «constituye una discriminación directa manifiestamente contraria al Derecho comunitario», lo mismo que al «establecer requisitos de residencia y domicilio de los propietarios y de las sociedades dedicadas a la explotación de los buques», recordando (§ 62) que ya el Tribunal en *Factortame II* desestimó la justificación británica sobre la base de los objetivos de la política común de pesca. La Sentencia indica también (§ 63) la necesidad de «tener en cuenta, entre otros aspectos, las controversias jurídicas derivadas de la política común de pesca; la actitud de la Comisión, que dio a conocer su posición al Reino Unido a su debido tiempo, y las apreciaciones sobre el estado de certeza del Derecho comunitario emitidas por los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de las medidas cautelares, instados por los particulares afectados por la aplicación de la *Merchant Shipping Act*». También se llama la atención (§ 64) sobre la afirmación de uno de los demandantes, según la cual el Reino Unido fue remiso en adoptar las medidas cautelares que el Tribunal de Justicia acordó el 10 de octubre de 1989, lo que incrementó innecesariamente los perjuicios, lo cual, de ser cierto, constituiría por sí solo una violación manifiesta, y por tanto suficientemente caracterizada, del Derecho comunitario.

La conclusión es (§ 65) que los tres requisitos enunciados (el de la «causalidad directa» entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño cuya reparación se reclama no suscita especiales problemas) «son necesarios y suficientes para generar a favor de los particulares un derecho a reparación». Pero estos requisitos son máximos; el mismo § 66 precisa que deberá aplicarse el «Derecho nacional si según él el Estado puede incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos».

IX

La doctrina de la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame III* sobre la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario que ha quedado expuesta tiene una extraordinaria impor-

(5) En *Francovich* la remisión a los Tribunales nacionales fue completa. En *Brasserie/ Factortame* se dan pautas que vinculan el juicio de los Tribunales nacionales. Pero en *British Telecommunications*, de 26 de marzo de 1996 (C-392-93), el propio Tribunal de Justicia descartó ya por sí mismo que pudiese darse la responsabilidad porque el error era excusable y la violación, por tanto, no suficientemente caracterizada.

tancia por su alcance general en institución de tanto relieve, hasta entonces enunciada sólo para el supuesto de falta de trasposición de Directivas por los Estados (asunto *Francovich* y otros, de 19 de noviembre de 1991) (6). Hay que decir, no obstante, que esa doctrina ha sido posteriormente matizada y afinada (7). Para nuestra exposición esto tiene ahora menor interés, puesto que para los Tribunales ingleses que están entendiendo de las reclamaciones de los pescadores españoles es *Brasserie/Factortame III* la decisión relevante, aunque veremos que no han dejado de tener en cuenta flexibilizaciones introducidas por las Sentencias posteriores.

Por de pronto, como ya había precisado *Francovich*, *Brasserie/Factortame III* remite a los Tribunales nacionales determinar en concreto si la responsabilidad patrimonial se cumple en el caso particular, valorando los requisitos a que el Derecho comunitario condiciona ese resultado, o los requisitos más favorables a la responsabilidad que resulten de los respectivos Derechos nacionales, así como, en caso positivo, determinar la extensión concreta de la indemnización correspondiente. Los §§ 67 y 68 de *Brasserie/Factortame III* precisaron así este régimen:

«El Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho Nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no podrán ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.»

En particular, llama la atención la Sentencia sobre que

(6) El mismo supuesto de *Francovich* (falta de trasposición de Directivas) se reiteró en otra serie de Sentencias: *Wagner Miret* (C-334/92), de 1993; *Faccini Dori* (C-91/92), de 1994; *El Corte Inglés* (C-192/94), de 1996.

(7) Tras *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, el Tribunal de Justicia ha dictado las Sentencias *British Telecommunications* (C-392/93), de 26 de marzo de 1996; *Lomas* (C-5/94), de 23 de mayo de 1996; *Dillenkofer et al.* (C-178-179/94 y 190/94); *Dienkavit, VITIC/VOORMEER* (C-283-291-292/94), de 17 de octubre de 1996, y *Bonifaci y otros / Berto y otros* (C-94-95/95), de 10 de julio de 1997. Vid. especialmente R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Cívitas, Madrid, 1997. Cfr. G. VANDERSANDEN-M-DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit Communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1997; T. HEUKELS and A. McDONNELL, *The action for damages in Community Law*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 1997.

«las restricciones que existen en los ordenamientos jurídicos internos en materia de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos derivada del ejercicio de la función legislativa pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio por los particulares del derecho a indemnización, tal y como está garantizado por el Derecho comunitario por daños resultantes de la violación de este último».

Esta observación era capital, puesto que ha sido ésta la vez primera en que se declara haber lugar a responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario como consecuencia de una Ley adoptada en el Parlamento por un Estado miembro.

Pocos Derechos nacionales aceptan la existencia de una posible responsabilidad por hecho de la Ley. El Derecho Administrativo francés comenzó, desde un famoso *arrêt* del Consejo de Estado, *La Fleurette*, 1938, por admitir una responsabilidad *du fait des lois* como consecuencia de la ruptura del principio material de igualdad ante las cargas públicas —no, pues, por culpa subjetiva, concepto hasta ahora no imaginable para el legislador—, doctrina aplicada en otras ocasiones (8). En Alemania, una Ley que comporte una expropiación en sentido material (concepto indeterminado, que el juez precisa en cada caso) será declarada inconstitucional si no incluyese una previsión expresa de que tal expropiación debe ser indemnizada (la llamada *Junktimklausel*) (9). Pero es teóricamente posible también imputar un deber de reparación a una Ley que cause daños por infracción de una norma constitucional, siempre que la infracción sea manifiesta, aunque con requisitos extraordinariamente estrictos (10). En la propia Sentencia *Brasserie/Factortame III* era el *Bundesgerichtshof*

(8) Cfr. R. CHAPUS, *Droit Administratif général*, I, 5.ª ed., París, 1990, págs. 930 y ss. Un reciente artículo, el de G. ALBERTON, *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation?*, en «Revue française de Droit Administratif», oct. 1997 (7), págs. 1017 y ss., plantea la cuestión del cambio de fundamento de la responsabilidad del legislador en Derecho comunitario respecto de la tradicional en Derecho Administrativo francés, ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, y si la perspectiva de la culpa subjetiva impuesta por el primero no va a determinar la recepción en el Derecho francés de este nuevo criterio, que abre espacios de responsabilidad más extensos. Sobre el Derecho español en la materia puede verse mi colaboración en la obra colectiva *L'Etat de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, «Les lois d'expropriation et la jurisprudence constitutionnelle espagnole», págs. 293 y ss. (estudio ampliado en el núm. 141 de esta REVISTA, diciembre de 1996, págs. 131 y ss.).

(9) Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., Beck, 1994, págs. 628 y ss. En Derecho español, el Tribunal Constitucional ha impuesto la misma regla. Cfr. mi citado artículo.

(10) Cfr. la colaboración de Gunter WILMS en la obra colectiva de VANDERSANDEN-DONY, citada, págs. 80 y ss.

alemán el que había suscitado la cuestión prejudicial en el asunto *Brasserie du Pêcheur*, y en las preguntas formuladas se planteaba la siguiente, que es la número 2 de su cuestionario:

«¿Puede el ordenamiento jurídico nacional establecer que el posible derecho a indemnización está sujeto a las mismas limitaciones que se admiten en los casos en que la Ley interna es contraria a Derecho interno de rango superior, por ejemplo cuando una simple Ley federal alemana infringe la Ley Fundamental de la República Federal Alemana?»

El Tribunal de Justicia contesta por la negativa a esta cuestión, §§ 69-73, sin ninguna vacilación. A su juicio, tales restricciones «pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la obtención de la reparación» debida según el Derecho comunitario. En concreto, el Derecho alemán supedita la reparación en ese supuesto de una Ley que viole la Constitución «al hecho de que el acto u omisión del legislador se refiera a una situación individual», precisamente lo que hace sumamente difícil, si no imposible, acordar la reparación «dado que las tareas que incumben al legislador nacional afectan, en principio, a la colectividad y no a ninguna persona o grupo de personas consideradas individualmente». Por tanto, § 72:

«En la medida en que semejante requisito obstaculiza la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de garantizar la eficacia plena del Derecho comunitario y de proporcionar una tutela efectiva de los derechos de los particulares, debe ser rechazado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario imputable al legislador nacional.»

Criterio tan firme es aplicado seguidamente al Derecho inglés en *Factortame*; específicamente, § 73:

«Del mismo modo, el eventual requisito que impone, en principio, el Derecho inglés para que los poderes públicos puedan incurrir en responsabilidad, consistente en aportar la prueba de un abuso de poder en el ejercicio de una función pública (*misfeasance in public office*), abuso que es inconcebible cuando se trata del legislador, también puede hacer prácticamente imposible la obtención de la reparación de los daños resultantes de

la violación del Derecho comunitario cuando ésta sea imputable al legislador nacional.»

De este modo, finalmente, excluido ese requisito excesivo, la Sentencia remite la apreciación de las específicas condiciones que ella misma ha fijado para encuadrar la responsabilidad de un Estado en Derecho comunitario al propio Tribunal inglés que planteó la cuestión prejudicial y en particular el requisito más delicado, que impone que la infracción del Derecho comunitario por el legislador hubiese sido «suficientemente caracterizada» o grave, pero excluyendo la aplicación de los criterios más restrictivos de responsabilidad que resultasen del propio Derecho inglés y, en particular, de la *Crown Proceedings Act*, que hubiera cerrado todas las puertas a la indemnización reclamada por los pescadores españoles.

X

Es sobre la remisión así concretada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia prejudicial cómo la *Divisional Court* de la *High Court* inglesa ha tenido que decidir la demanda final de indemnización de los pescadores españoles. Su Sentencia *Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others*, de 31 de julio de 1997, es el final de este largo y complejo proceso, que ha ido dejando en todas sus variadas etapas una importante estela de soluciones de primera importancia, tanto para el Derecho comunitario como para el Derecho Constitucional inglés (que se ha visto alterado en cuestiones esenciales), así como para el acervo común de las técnicas utilizables en el Estado de Derecho de todos los países europeos.

Ha sido su ponente de la Sentencia, o *Master of the Rolls*, Lord Justice HOBHOUSE, presidente de la Sala sentenciadora.

La Sentencia es un modelo de claridad, de lucidez y de rigor. Desarrollada como un estudio sistemático, comienza con una Introducción, expone seguidamente los hechos, pasa en tercer lugar a la crítica a la conducta del Reino Unido, se concreta luego en el examen de si las infracciones del Derecho comunitario son «suficientemente serias» (11), estudia en quinto lugar el tema del cumplimiento del Auto de suspensión de las partes cuestionadas de la Ley que acordó el Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1989, para termi-

(11) La versión oficial inglesa de las Sentencias del Tribunal de Justicia sobre responsabilidad de los Estados habla de violaciones «suficientemente serias»; la española, como la francesa, de «suficientemente caracterizadas»; la alemana, de «cualificadas». El concepto, no obstante, es el mismo.

nar con el análisis de la posible procedencia de los *exemplary damages* o indemnización ejemplarizante y penalizadora. Termina con las Conclusiones, donde especifica el fallo.

La Introducción se abre con tres citas o lemas, procedentes todas de Sentencias del Tribunal de Justicia, dos de la Sentencia *Brasserie/Factortame III*, que especifican que la indemnización por violación del Derecho comunitario debe ser aplicada sea cual sea la autoridad del Estado que haya incurrido en ella, incluyendo al legislador, y otra (que se cita en primer lugar) que es una formulación clásica de la eficacia del Derecho comunitario y de su primacía sobre los ordenamientos internos de los Estados, la que expresa la Sentencia *Comisión v. Italia (C-48/71)*, según la cual la transferencia de derechos y poderes que los Estados miembros han hecho de acuerdo con las reglas del Tratado «implica una limitación definitiva de sus derechos de soberanía y ninguna clase de regla de Derecho nacional puede ser invocada para invalidar esa limitación». Estas citas, dice inmediatamente la Sentencia, demuestran la supremacía del Derecho comunitario sobre el poder legislativo de los Estados miembros.

Tras resumir el desarrollo procesal del asunto, concluye, antes de entrar a resolver los temas de debate, con una afirmación digna de ser resaltada:

«No nos concierne la cuestión de los méritos o deméritos políticos de la política del Reino Unido (cuestión sobre la que las dos partes han expuesto con pasión sus opiniones), salvo en el muy limitado alcance que hace relación a las cuestiones jurídicas que tenemos que decidir.»

Es una excelente expresión del principio básico del papel del juez al juzgar al Estado en un régimen de *rule of law*: el juez no interfiere en nada el proceso político ni la significación de las opciones políticas que las normas o los actos sometidos a control implican normalmente; enjuicia únicamente si el Estado ha respetado o no, en el desarrollo de su política, las reglas legales que pautan su actuación o que limitan su contenido.

No nos interesa, naturalmente, seguir todos y cada uno de los pasos argumentales de la Sentencia. Nuestro interés está en analizar la motivación con la que articula la resolución del problema que le ha remitido el Tribunal de Justicia: si el Reino Unido ha incurrido en responsabilidad patrimonial como consecuencia de la constatada violación del Derecho comunitario, que ha causado daños considera-

bles en los armadores españoles (97 son los que reclaman, que la Sentencia identifica por el número de Orden).

XI

Es importante conocer cómo las jurisdicciones nacionales comienzan a aplicar los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia para declarar la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario, declaración que sabemos que el Tribunal remite a las jurisdicciones nacionales. La institución de la responsabilidad de los Estados por violación del Derecho comunitario va a ser, finalmente, el fruto de una colaboración entre los dos órdenes jurisdiccionales (12). No es arriesgado suponer que las decisiones finales de los jueces nacionales determinarán posibles ajustes ulteriores de la jurisprudencia en la materia del Tribunal de Justicia, ajustes que ella misma está perfilando casi en cada una de sus nuevas Sentencias posteriores a *Brasserie/Factortame III* (13). En este sentido la Sentencia inglesa que viene a cerrar el caso *Factortame*, tras tantas incidencias procesales, me parece de primera importancia.

El apartado III de la Sentencia comienza con una valoración general de la conducta del Reino Unido. Los armadores españoles reprochaban a éste haber actuado con mala fe, con el propósito particular de dañar a los intereses pesqueros españoles, incluso con un propósito cínico apenas encubierto en razones jurídicas desdeñables. La Sentencia, que califica este alegato de serio, descarta, sin embargo, esta interpretación de los hechos. En ocho apartados sucesivos explica: que el Gobierno no hizo ningún secreto de su propósito de intentar reservar lo que entendía que era su cuota pesquera a los intereses pesqueros indígenas, no el de causar daños a los demandantes; que los criterios (nacionalidad, domicilio y residencia) utilizados por la Ley se entendieron los apropiados para esa finalidad; que con la Ley de 1988 el Gobierno no adoptó una postura de menosprecio al Derecho comunitario, desde el momento en que actuó con asesoramientos cualificados, entendiendo que los argumentos de Derecho Internacional y de la Política Pesquera Común eran lo suficientemente fuertes para permitir la discriminación efectuada; sólo las cir-

(12) Cfr. A. BARAV, «State liability, in damages for breach of Community law in the national Courts», en HEUKELS and McDONNELL, eds., *The actions for damages in Community Law*, págs. 363 y ss.

(13) Este es el argumento, podemos decir, del libro de R. ALONSO, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, ya citado.

cunstancias ulteriores de los litigios hicieron ver (desde *Agegate* y *Jaderow* y, sobre todo, desde el Auto cautelar del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1989) que esa opinión dejó de ser razonable (la Sentencia dice que, especialmente tras la suspensión por la Cámara de los Lores en julio de 1990, como consecuencia de *Factortame I*), pues justamente estas medidas cautelares rompieron el criterio central de la Ley; se puso así en evidencia no mala fe, sino una valoración equivocada; la elección de una Ley parlamentaria no pretendió obtener tácticas dilatorias, sino utilizar medios jurídicos efectivos; la opinión contraria de la Comisión al Proyecto de Ley no era vinculante, y aún el Reino Unido buscó un arreglo político con la Comisión. «En resolución, el Gobierno del Reino Unido actuó de buena fe ... No tuvo intención de infringir el Derecho comunitario ni de causar perjuicio a nadie, salvo los que pudiese implicar la preferencia de los intereses de los indígenas británicos sobre los demás», aunque con conciencia del riesgo de ilegalidad.

En el § IV la Sentencia entra en el nudo de la cuestión, tal como le fue remitida por *Factortame III*: si la infracción del Derecho comunitario fue o no «suficientemente seria» o caracterizada. Establece cómo este *test* debe ser valorado, acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir de *Francovich* y deteniéndose en particular, como es lógico, en *Factortame III*. La Sentencia afirma que el legislador inglés disponía de una «amplia discrecionalidad» en el sentido del Derecho Comunitario, al dictar la Ley de 1988. Para ejecutar la Política Pesquera Común se había dejado un margen de discreción a los Estados miembros. Pero al estudiar el cumplimiento del requisito de la gravedad de la infracción, la Sentencia no utiliza sólo *Factortame III*, sino también *Dillenkofer* (C-178/79 y 188-190/94), de 8 de octubre de 1996, a la que un autor denomina «una nueva lectura de *Brasserie*» (14), destacando en particular sus §§ 26, 27 y 28. En este último, el § 28, dice la Sentencia, hace claro, con referencia expresa a *Brasserie/Factortame III*, «que una actuación intencional de culpa o negligencia no es una precondition esencial a la responsabilidad», lo cual es una manifestación general, no limitada —dice la Sentencia— al tipo de infracción de *Francovich* (falta de trasposición de Directivas, si se recuerda). Replica así al *Solicitor General*, defensor de la Administración, que exigía una *misconduct* o falta de ética especialmente cualificada, que, a su juicio, no se daba en el caso, aunque los demandantes opinasen otra cosa. Resalta la opinión del Abogado General TESAURO en *Factortame III*, que en sus Conclusiones, § 90, considera «que no tiene relevancia buscar la exis-

(14) R. ALONSO, *La responsabilidad*, cit., págs. 65 y ss.

tencia de una culpa como un componente subjetivo de la conducta antijurídica ... de modo que la conducta del Estado debe ser valorada a la luz de factores objetivos». Este razonamiento, sobre cuya importancia no parece necesario insistir, va a ser el decisivo de la Sentencia.

Examina seguidamente, con especial cuidado, la jurisprudencia comunitaria producida sobre el artículo 215, responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias, a la que remitía *Factortame III* y a la que se había acogido ampliamente el *Solicitor General*. Pero la Sentencia explica, en un punto relevante de su razonamiento, que hay que tener en cuenta la importancia de la regla comunitaria violada, observando que más importante que violar una Directiva es la infracción de un artículo del Tratado. «No vemos —dice— ninguna razón para que la importancia del principio infringido no haya de ser un factor que tenga que ser tomado en consideración. Es opinión común que la prohibición de discriminación sobre la base de la nacionalidad es uno de los principios fundamentales del Tratado, en verdad uno de los pilares sobre el que está construido el edificio entero; y lo mismo puede decirse de la libertad de establecimiento.» Aunque observa que este factor no está específicamente aludido por el Tribunal de Justicia en *Factortame III*, «no vemos ninguna razón para omitirlo, puesto que no ha querido hacer una lista exhaustiva de todas las consideraciones materiales a tener en cuenta, consideraciones que va introduciendo, al aplicar el artículo 215, según la casuística judicial» (15). Segundo principio, después del anterior ya expuesto, para llegar al fallo.

Examina seguidamente con detenimiento las circunstancias del caso. Responde a la argumentación del *Solicitor General* que, con base en las conclusiones del Abogado General en uno de los casos del artículo 215 (*Mulderl*, 1992), pretendía que sólo el «error inexcusable» de la autoridad puede dar lugar a responsabilidad, y aquí el Gobierno contó con dictámenes jurídicos que permiten calificar su conducta de buena fe. Pero la Sentencia no admite este razonamien-

(15) En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 215 se encuentra la alusión a que la ilegalidad que genera responsabilidad de las instituciones ha de referirse a una «regla superior de derecho que proteja a los particulares» y no a cualquier regla. Esta exigencia ha sido criticada por carecer (como es también nuestra opinión) de fundamento desde la perspectiva del Derecho de daños o reparatorio. Así, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pág. 436; A. BARAV, «Injustice normative» et fondement de la responsabilité extra-contractuelle de la CEE, en «Cahiers de Droit Européen», 1977 (4), págs. 439 y ss. Sin embargo, el razonamiento de la *Divisional Court* inglesa parece distinto: la importancia de la norma comunitaria infringida no se enfatiza como requisito de la cobertura de la responsabilidad, sino para calificar la conducta del Estado como cualificada, grave o «suficientemente caracterizada», lo cual es bastante distinto.

to, observando que en realidad en todos los casos del artículo 215 las instituciones comunitarias han actuado con previo asesoramiento jurídico, con lo que, aplicando ese criterio, ninguna reclamación hubiese tenido éxito. No el concepto de inexcusable, sino de infracción suficientemente caracterizada es el criterio a tener en cuenta según *Factortame III*. Es cierto que en el caso *British Telecommunication* tanto el Tribunal de Justicia (Sentencia de 26 de marzo de 1996, C-392/93) como, tras esa Sentencia en vía prejudicial, la propia *High Court* absolvió al Estado inglés de responsabilidad por incorrecta trasposición de una Directiva, pero esto se debió a que el artículo relevante de ésta era ambiguo y podía soportar la interpretación que le había dado el Reino Unido. Pero el caso presente, dice, es del todo diferente; no hay ambigüedad ninguna en el sentido de los artículos del Tratado violados.

A continuación la Sentencia aplica estos criterios al caso. En *Factortame II* el Tribunal de Justicia declaró que la exigencia de condiciones de nacionalidad constituía una discriminación directa y la de domicilio y residencia una discriminación indirecta sobre el motivo de la nacionalidad. Pero, aplicando las reglas del Derecho inglés, parece a la Sala sentenciadora tan discriminatorias las reglas de nacionalidad como las de domicilio, con lo que la Sentencia va más allá que lo que permitía la letra de la Sentencia del Tribunal de Justicia, sin duda porque esta misma Sentencia impone la aplicación del Derecho nacional cuando es más riguroso que el comunitario. El Gobierno británico no ha negado nunca que el propósito de la Ley de 1988 era evitar la pesca de extranjeros no ingleses sobre la cuota británica, sigue diciendo la *Divisional Court*. No puede verse diferencia en la violación del artículo 52 del Tratado por razones de nacionalidad o por las de residencia; la ruptura del *rule of law* ha sido la misma.

En *Factortame III* se califica la exigencia de nacionalidad como «manifiestamente contraria al Derecho comunitario». En el Derecho inglés no hay razón para distinguir entre nacionalidad y domicilio.

La gravedad de la violación es examinada en un apartado especial. Aplica la jurisprudencia inglesa que dice que «si un acto se hace deliberadamente no se puede decir que las consecuencias del mismo no son intencionales» (16). Por otra parte, al adoptar el criterio de hacer una Ley, ha de entenderse que el Gobierno inglés quiso asegurar la efectividad de su política y que su ejecución no iba a ser com-

(16) Convendrá notar que la Sentencia es clara al separar los actos intencionales o deliberados y los actos dolosos de mala fe. Esta última calificación se había excluido en el § III de la Sentencia, si se recuerda, y veremos más adelante aún a propósito de los *exemplary damages*.

plicada con avatares judiciales, pero ello ocasionó que los recurrentes no pudiesen obtener medidas cautelares sin la intervención del Tribunal de Justicia. Los recurrentes hicieron todo lo posible para evitar el daño. Se infringieron también los principios superiores del Derecho comunitario de proporcionalidad y de confianza legítima. Y, en fin, la actitud de la Comisión fue opuesta a la legislación que se la consultó en fase de proyecto.

La Sentencia examina con atención los criterios de la Comisión en esa consulta previa, en especial su opinión de que contradecía la libertad de establecimiento, artículos 52 y 221 del Tratado, y el hecho de que intimó desde el comienzo con poner en marcha la acción por incumplimiento del artículo 169 si el proyecto llegase a convertirse en Ley. De lo cual se infiere que la Comisión entendía la infracción de los dos artículos citados como infracción grave. La advertencia de la Comisión conduce a considerar que la violación advertida es inexcusable y manifiesta.

Esa argumentación, unida a la importancia fundamental de los principios infringidos, conduce a la Sentencia a la conclusión de que «se ha cometido una manifiesta y grave inatención (*disregard*) de los límites de la discrecionalidad de que disponía el Reino Unido y que, en consecuencia, procede la responsabilidad para compensar a los reclamantes que puedan probar que han sufrido daños a consecuencia de ello». Observa que esta conclusión es la misma de las Conclusiones del Abogado General TESAURO, § 120, en *Factortame III*, aunque reservando la intervención de los Tribunales nacionales.

Para reforzar la conclusión de la seriedad de la infracción, la Sentencia utiliza, además, otros criterios enunciados por *Factortame III*: que la regla infringida es clara y precisa, sin que deje discrecionalidad a la autoridad nacional sobre su aplicación (§ 56 de *Factortame III*); que su infracción fue deliberada, y el error de derecho inexcusable, sin que ninguna institución comunitaria contribuyese a que el Reino Unido adoptase la medida contraria al Derecho comunitario. El dictamen adverso de la Comisión al Proyecto de Ley dejó las cosas claras. El Gobierno británico se apoyó únicamente en el argumento de la cuota según la Política Pesquera Comunitaria.

Los recurrentes aducen aun que tras la Orden cautelar del Presidente del Tribunal de Justicia en *Agegate y Jaderow*, en la que se indicó ya la debilidad del argumento de la bandera, el argumento de la cuota era ya insostenible. La Orden cautelar de la Cámara de los Lorens de 1991, derivada de *Factortame I*, fue también rotunda. «En realidad, desde enero de 1990 resultaba evidente que seguramente el Gobierno iba a perder y que deberían haberse tomado medidas cautelares. En estas circunstancias aceptamos el argumento de los recu-

rrentes de que haber continuado sin haber adoptado dichas medidas cautelares equivale a una violación suficientemente grave.»

Llamamos la atención cómo para la justicia inglesa la falta de suspensión por la propia Administración de una medida cuando resulta ya claramente predecible que va a ser anulada por el juez cualifica de grave su conducta a efectos de su responsabilidad. Este argumento, por cierto, puede tener el valor de un principio general del Derecho, aplicable en otros ordenamientos.

El apartado V de la Sentencia trata de la reclamación de uno de los recurrentes (*Rawlings Ltd.*) sobre el incumplimiento del Auto de medidas provisionales del Presidente del Tribunal de Justicia que fue notificado el día 10 de octubre de 1989, pues resulta que una petición de registro fue formalizada el día 11 y, sin embargo, rehusada. Esto se debió a que el Gobierno estimó que el Auto de medidas cautelares debía ejecutarse a través de una *Order in Council*, cuyo proyecto se llevó al Parlamento y que el *Privy Council* no aprobó hasta el 1 de noviembre de 1989. La Sentencia examina la eficacia de los Autos de medidas cautelares del Tribunal de Justicia *ex* artículo 186 del Tratado. Admite que, aunque no se trate de una Sentencia declarativa, produce efectos inmediatos y debe ser inmediatamente ejecutada por las partes. De lo que deduce que el rechazo de la inscripción en el Registro de buques el día siguiente de haber sido notificado el Auto del Presidente infringió el Derecho comunitario. Pero en la misma *Factortame III*, § 64, se había contemplado ya esta reclamación de *Rawlings* y se había notado que si ese retraso se había, en efecto, producido, esto constituye en sí mismo una infracción manifiesta, y por tanto suficientemente caracterizada, del Derecho comunitario. He aquí un notable rigor sobre la ejecución por la Administración de decisiones cautelares judiciales.

La última cuestión que examina la Sentencia es la de las indemnizaciones ejemplares o punitivas (*exemplary damages*). La jurisprudencia inglesa requiere para otorgar estas indemnizaciones, suplementarias a la reparatorias, una acción «opresiva o agobiante, arbitraria o inconstitucional de los agentes del Gobierno» (Lord Devlin en *Rookes v. Barnard*, 1964). Los reclamantes pretendían que, uno por uno, esos epítetos correspondían a la conducta del Estado británico en este caso; serían correlativos al *manifest disregard*, la desatención manifiesta —con un matiz que incluye casi el desprecio— del Derecho comunitario.

La Sentencia observa que los *exemplary damages* son una institución de *common law* que ni siquiera existe en Escocia y que no forma parte ni del Derecho comunitario ni de ninguno de los Estados miembros, salvo Irlanda; su finalidad es punitiva más que compensatoria, función que corresponde más al Derecho penal que al civil;

pretende castigar y disuadir. Para el Derecho inglés, otorgar indemnizaciones de este carácter por violación del Derecho comunitario reduciría el movimiento hacia la uniformidad, introduciendo distinciones entre la práctica de los Tribunales nacionales y el régimen de la responsabilidad de los diferentes Estados, así como entre el Reino Unido y las Instituciones Comunitarias, además de resultar potencialmente discriminatorio entre los litigantes en Inglaterra y los demás de otros países. Esto hace que los argumentos de los reclamantes deban ser considerados con gran precaución. Su aceptación amenazaría con introducir en el Derecho comunitario de obligaciones anomalías y conflictos, sin servir a una finalidad útil.

No obstante esa afirmación, que parece haber jugado un papel en la convicción de los jueces, la *ratio decidendi* se alinea, como no podía ser menos, sobre el criterio de *Factortame III*, que determinó, como sabemos, que los criterios aplicables en el Derecho interno de la responsabilidad del Estado debían aplicarse por los Tribunales nacionales cuando eran más rigurosos que los comunes del Derecho comunitario para fijar la responsabilidad del Estado respectivo por infracción. Por eso, a continuación, la Sentencia razona que no procedería la condena a daños ejemplares en el estricto Derecho inglés. Razona que el *leading case* en la materia, el *Rookes*, 1964, sólo prevé daños ejemplares a la Administración cuando los funcionarios se olvidan que, además de *servants of the government*, son *servants of the people*, actúan con repugnante altivez y prepotencia (*a big man bullying a small man*), provocando una especie de humillación. Esta doctrina fue revisada en 1992, *South West Water*, que limita la indemnización a este tipo de daños a los ocurridos antes de 1964 salvo previsión legal, que aquí no ha ocurrido. Todo esto impide otorgar esta indemnización en el caso de autos. No ha habido siquiera *misfeasance* o dolo. La infracción del Derecho comunitario no ha dependido de razones subjetivas; la Ley fue dictada con la honesta creencia en su compatibilidad con el Derecho comunitario; «esta creencia fue gravemente errónea, pero esto no es equivalente con el elemento mental requerido para el *tort of misfeasance*», que es el que justifica los daños punitivos.

XII

La Sentencia de la *Divisional Court*, estimando la reclamación indemnizatoria de los recurrentes, remite a una ulterior decisión la fijación de la cuantía de las indemnizaciones debidas a cada uno de los 97 reclamantes.

El asunto *Factortame*, tan variado, tan apasionante, con tantas

derivaciones procesales, ha dado lugar, pues, a una solución final enteramente satisfactoria para los pescadores españoles, tanto sobre su sustantivo derecho de pesca sobre las costas inglesas como, finalmente, sobre la reparación de los daños materiales que tuvieron que soportar como consecuencia de la legislación británica que trató de impedir ese derecho.

Debo decir que todo el complicado tracto procesal, en Londres y en Luxemburgo, deja a los juristas que la estudian un grato sabor final de eficacia de la justicia, aun habiendo tenido que seguir tan complejos pasos. El Tribunal de Justicia, por una parte, y todos los órganos ingleses de la *judicial review*, por otra, han dado muestra de una notable calidad jurídica.

Quizás deba resaltarse particularmente la lucidez y la resolución de la última Sentencia de la *Divisional Court* de 31 de julio de 1997, que es la que condena al Reino Unido a reparar la integridad de los daños producidos a los reclamantes. Es una muestra más de cómo los Tribunales ingleses han asimilado con resolución su función de enjuiciadores de la Ley, que hasta ahora estaba totalmente vedada para ellos, a través del Derecho comunitario (17).

Aunque los casos no resulten exactamente comparables, dadas las singularidades de cada uno, observaré, para concluir, que en el caso *Brasserie du Pêcheur* (enjuiciado conjuntamente con *Factortame*, como sabemos, en la misma Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996), el *Bundesgerichtshof* alemán ha resuelto negativamente la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado alemán por los daños causados a la empresa francesa de ese nombre por una Ley del Parlamento alemán cuya infracción del Derecho comunitario estaba constatada por el Tribunal de Justicia (18). Por cierto que la *Divisional Court* cita este caso alemán, que conocía, pues, en su Sentencia, § IV, 10.

(17) Otro ejemplo notable ha sido la Sentencia de la Cámara de los Lores *Equal Opportunities Commission*, de 3 de marzo de 1994, que ha atribuido a los jueces ingleses una competencia de enjuiciamiento general y abstracto de las Leyes nacionales en función del Derecho comunitario de que carecen las jurisdicciones continentales. Vid. mi comentario «Un pas décisif dans le Droit Constitutionnel britannique: Le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du Parlement en contradiction avec le Droit communautaire», en *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, págs. 165 y ss.

(18) La Sentencia del Tribunal de Justicia que declaró contraria al Derecho comunitario la prohibición de comercializar cerveza que no se ajustase a unas reglas de calidad establecidas por la legislación alemana fue *Comisión c. Alemania*, de 12 de marzo de 1987 (C-178-84). La Sentencia alemana que deniega la responsabilidad es del *Bundesgerichtshof* de 24 de octubre de 1996, publicada en «Zeitschrift für Informations-und Presserecht», núm. 48, 1996, págs. 2022-2026. Quizás pueda decirse que la Sentencia alemana aplica estrictamente la doctrina del Tribunal de Justicia en *Brasserie/Factortame III*, pero el Tribunal inglés ha acudido resueltamente a la Sentencia *Dillenkofer*, como ya sabemos, para excusar el rigor de la anterior, lo que, sin duda, podía haber hecho también el *Bundesgerichtshof*, lo que le habría conducido posiblemente a otra solución del caso

JURISPRUDENCIA

