

LA ACEPTACIÓN POR LA CÁMARA DE LOS LORES
DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL
REINO UNIDO EN EL ASUNTO FACTORTAME
(Comentario a la sentencia *Regina v. Secretary of State
for Transport Ex Parte Factortame Limited and Others* de
28 de octubre de 1999)

Por JESÚS GONZÁLEZ GIMÉNEZ *

I. ANTECEDENTES Y DESARROLLO DE LA CUESTIÓN
HASTA EL MOMENTO EN QUE SE DECLARA
LA RESPONSABILIDAD DEL REINO UNIDO

1. Como ha sido ya señalado en multitud de estudios¹, el asunto *Factortame*² ha supuesto una importante evolución del Derecho comunitario y, arrastrado por ella, del Derecho inglés. Casi al final de esta larga

* Profesor asociado de Derecho internacional público, Universidad de Almería.

¹ Sería imposible reflejar aquí todos los trabajos elaborados al respecto. Baste con señalar, a modo de ejemplo, los siguientes: M. AKEHURST, «Parliamentary sovereignty and the supremacy of Community law». *The British Yearbook of International Law*, 1989, pp. 351-357. D. SIMON y A. BARAV, «Le Droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales». *Revue du Marché Commun*, n.º 340, 1990, pp. 591-597. C. BARNARD y R. GREAVES, «The application of Community law in the United Kingdom, 1986-1993». *Common Market Law Review*, n.º 31, 1994, pp. 1055-1092. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El fin del caso *Factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998, pp. 117-144.

² Convenimos en adoptar este término como el más apropiado para identificar el conjunto de controversias y cuestiones surgidas de la aprobación de la *Merchant Shipping Act*. Por sí mismo, *Factortame* no es más que el nombre de la empresa que figura en primer lugar en la lista de demandantes.

saga, los Tribunales británicos han considerado, por primera vez en su historia, la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario debido a la promulgación y ejecución de una Ley del Parlamento (*Act of Parliament*). La reciente sentencia de la *House of Lords*³ (Cámara de los Lores, en adelante) sobre este asunto, declara, en última instancia, el derecho de los particulares directamente afectados por dicho incumplimiento a obtener una indemnización por los daños sufridos.

Nuestro análisis se va a centrar en los aspectos comunitarios de esta sentencia, si bien resulta obligado recordar, someramente, el origen y desarrollo posterior de todo este asunto.

2. La práctica llevada a cabo por armadores españoles de registrar sus buques de pesca en el Reino Unido para así acceder a las cuotas pertenecientes a este Estado (el llamado *quota hopping*)⁴ provocó la airada respuesta británica con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 1988 de la *Merchant Shipping Act* (en adelante, MSA), desarrollada por la *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulations*. Esta normativa suponía la creación de un nuevo registro en el cual debían inscribirse todos aquellos buques que quisieran enarbolar el pabellón británico⁵. En concreto, el nuevo sistema, en la sección 14 de la Ley, imponía los requisitos de nacionalidad, residencia y domicilio a los propietarios de los buques.

3. La consecuencia buscada era, evidentemente, privar a todas estas

³ Sentencia de 28.10.99, Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame Limited and Others. Para este caso, la composición de la Sala fue la siguiente: Lord Slynn of Hadley, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Hoffmann, Lord Hope of Craighead y Lord Clyde. Hay que indicar que la Cámara de los Lores es la más alta instancia judicial del Reino Unido. De entre sus miembros, hay una lista (los Law Lords) que son aquellos que pueden formar las salas. Se puede obtener el texto de la sentencia vía internet a través de la dirección <http://www.parliament.uk>

⁴ En realidad, el propio Estado español venía fomentando desde los años setenta la creación de empresas pesqueras conjuntas (véase RD. 2517/76 de 8.10.76, BOE 9.11.76), por tanto, antes de pertenecer España a las Comunidades Europeas. Pero es tras la adhesión española y los problemas que trajo consigo, que se plantea el problema que aquí nos trae. Sobre este particular, véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER, «La flota española entra en la Europa azul», *Meridiano Ceri*, n.º 2, 1995, pp. 14-19. También hay que decir que no todos eran españoles, sino procedentes de otros Estados comunitarios. De todas formas, el protagonismo recayó claramente y desde un principio en aquellos.

⁵ Sobre la problemática creada, véase J. JUSTE RUIZ, «El contencioso pesquero hispano británico ante el TJCE», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, n.º 3, 1991, pp. 771-803.

empresas de la posibilidad de radicar su actividad en el Reino Unido. Ya antes de obtener la MSA el *Royal Assent* el 3-5-88, la Comisión europea advirtió al Reino Unido que aquélla podía contener disposiciones contrarias al Derecho comunitario, en particular, al derecho de libre establecimiento sin posibilidad de discriminación por razón de nacionalidad (art. 43 TCE, antiguo art. 52). Pero el problema de fondo giraba en torno a la Política común de pesca (PCP). Esta competencia exclusiva de la CE instrumenta la gestión y conservación de los recursos pesqueros en aguas comunitarias a través, básicamente, de los totales admisibles de capturas (TAC).

4. El Reino Unido sostuvo, apoyado por el dictamen solicitado ya en 1986 a un consejo asesor encabezado por F. Jacobs —actual Abogado General del TJCE—, que la MSA podría ser compatible con el Derecho comunitario. La argumentación se basaba, primero, en un reconocido principio de Derecho internacional, según el cual es competencia de cada Estado establecer las condiciones necesarias para que un buque pueda enarbolar su pabellón, de forma que siempre se observe un vínculo genuino entre el barco y el Estado. Se trata, en el fondo, de evitar los pabellones de complacencia⁶. Por otro lado, se entendía el TAC en clave de reparto nacional de posibilidades de pesca, de forma absoluta, justificándolo, sobre todo, en la protección de las poblaciones locales dependientes de esta actividad. En verdad, este es el punto de vista de todos los Estados miembros cuando anualmente se discuten las posibilidades de pesca. Como consecuencia de todo ello, se argumenta, la discriminación por razón de nacionalidad sería un elemento natural de la PCP.

5. Para España, con una flota pesquera necesitada de nuevas posibilidades, este asunto reflejaba una plena coincidencia de su propio interés nacional con el interés comunitario, traducido en el estricto respeto a las

⁶ Aun siendo correcto, los Estados miembros deben acomodarlo a las exigencias propias de Derecho comunitario, como reiteradamente ha declarado el TJCE. Sin ir más lejos, en la sentencia de 27.11.97, Comisión c. Grecia, C-62/96, Rec. p. I-6725. El Tribunal de Justicia deja claro que incumple las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario el Estado miembro que reserva el derecho a la matriculación en los registros nacionales únicamente a los buques de pesca que pertenezcan a personas físicas o jurídicas que posean la nacionalidad del Estado miembro. Ni el Derecho internacional del mar, ni la existencia de un régimen comunitario de pesca, aun cuando implique un sistema de cuotas nacionales y de acceso a las aguas y la existencia de zonas nacionales reservadas, puede hacer que dicha legislación sea compatible con el Derecho comunitario.

reglas del mercado interior y en una visión de la PCP en clave solidaria y conservacionista.

6. De todas formas, hay que aclarar que nadie discute la necesidad de establecer un vínculo económico real entre el buque y el Estado del pabellón. Pero la MSA concernía no a las operaciones de los barcos, sino a la nacionalidad, residencia y domicilio de los accionistas de las empresas pesqueras.

7. En defensa, por tanto, de sus propios intereses, el Reino Unido elabora la MSA como Ley del Parlamento, inatacable según el Derecho inglés⁷. También se debe señalar que, de acuerdo con la normativa aprobada, la inscripción de los buques en el nuevo registro no se exigiría hasta la conclusión de un periodo transitorio establecido para el 31-3-89.

8. Desde un primer momento, el 16-12-88, los particulares perjudicados por esta Ley manifestaron su desacuerdo e iniciaron las acciones judiciales pertinentes, dentro del Reino Unido, para defender sus derechos⁸. Por otro lado, la Comisión había interpuesto contra el Reino Unido un recurso conforme al art. 226 TCE (antiguo art. 169) y solicitado también la suspensión provisional, todo ello limitado al requisito de la nacionalidad.

9. El TJCE, en la sentencia *Factortame I*⁹, marcó el primer hito importante de esta saga al afirmar que las jurisdicciones nacionales están capacitadas para suspender cautelarmente la aplicación de una ley nacional, mientras se juzga su compatibilidad con el Derecho comunitario¹⁰, incluso si, como era el caso británico, el Derecho constitucional del Esta-

⁷ Más adelante analizaremos la importancia de este elemento.

⁸ El largo camino se inició ante la Divisional Court, que suspendió la aplicación de la MSA y planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE sobre la interpretación del Derecho comunitario para controlar así la compatibilidad de la norma interna. La Court of Appeal anuló inmediatamente dicha suspensión y, a su vez, esta decisión fue recurrida ante la Cámara de los Lores, que formuló una nueva cuestión prejudicial ante el TJCE acerca de la capacidad de los jueces nacionales de suspender la aplicación de sus propias leyes.

⁹ Sentencia de 19.6.90, *Factortame* y otros, «*Factortame I*», C-213/89, Rec. p. I-2433. En el mismo sentido, si bien limitado a la condición de nacionalidad, ya se había pronunciado a través del Auto del Presidente de 10.10.89, Comisión c. Reino Unido, C-246/89 R, Rec. p. 3125.

¹⁰ Véase sobre este principio A. MANGAS MARTÍN en el manual escrito con D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, 1999, 2.ª ed., p. 227.

do en cuestión no permite a los tribunales internos acordar la suspensión provisional de leyes aprobadas por el Parlamento ¹¹.

10. En la sentencia *Factortame II* ¹² se resuelve el fondo de la controversia, afirmando que los requisitos de nacionalidad, residencia y domicilio previstos en el nuevo sistema de registro establecido en la MSA son contrarios al Derecho comunitario.

11. En ejecución de todas estas sentencias, fueron derogadas las disposiciones discriminatorias. Acto seguido, los particulares afectados plantearon ante los Tribunales ingleses una acción contra el Estado británico por los daños sufridos durante el periodo de vigencia de la MSA, esto es, desde el 1-4-89 hasta el 11-10-90, fecha en la que la Cámara de los Lores suspendió su aplicación respecto a los requisitos de residencia y domicilio (el 2-11-89 ya se había suspendido el requisito de nacionalidad). La Divisional Court, en respuesta, dictó varias resoluciones instando a los demandantes a precisar su demanda de indemnización frente al *Secretary of State for Transport*. También decidió plantear al TJCE dos cuestiones prejudiciales ¹³. Las dudas de la Divisional Court no venían dadas por la existencia del principio de Derecho comunitario por el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables ¹⁴, sino por la aplicación de este principio cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional.

12. La solicitud de decisión prejudicial fue respondida por el TJCE en la conocida e importante sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*

¹¹ Véase I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial review y justicia cautelar*. Madrid, 1997. En esta obra se analizan las repercusiones para el ordenamiento jurídico británico de *Factortame I*.

¹² Sentencia de 25.7.91, *Factortame* y otros, «*Factortame II*», C-221/89, Rec. p. I-3905.

¹³ Resolución de la Divisional Court de 18.11.92, recibida en el TJCE el 18.2.93. Teniendo en cuenta que la sentencia del TJCE sobre este asunto es de fecha 5.3.96, nos podemos hacer una idea de la importancia de los temas tratados. Por término medio, el TJCE tarda alrededor de año y medio en resolver las cuestiones prejudiciales planteadas.

¹⁴ Principio declarado por primera vez en la Sentencia de 19.11.91, *Andrea Francovich* y otros c. República Italiana, as. ac. C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357. Ahora bien, en este caso, el TJCE se limitó a afirmar la obligación de los Estados miembros a reparar los daños producidos a los particulares a consecuencia de la no adaptación del Derecho nacional a una directiva.

III¹⁵. Con ella y el conjunto de sentencias pronunciadas por aquella época¹⁶, se puede concluir que el TJCE acabó de perfilar, por vía pretoriana, la construcción del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario¹⁷.

II. LOS TRIBUNALES BRITÁNICOS Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ASUNTO FACTORTAME

13. Por el momento, los Tribunales británicos han tenido la oportunidad de pronunciarse tres veces sobre este asunto. Una vez solventadas por la sentencia *Factortame III* las dudas planteadas por la Divisional Court, esta instancia, en su sentencia de 31 de julio de 1997, *Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others*, declaró que el Reino Unido era responsable a causa de haber violado el Derecho comunitario y que los particulares directamente afectados por tal incumplimiento estaban legitimados para obtener una indemnización¹⁸. El

¹⁵ Sentencia de 5.3.96, *Brasserie du pêcheur/Factortame* y otros, «Factortame III», as. ac. C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1131.

¹⁶ Nos referimos a los siguientes asuntos: Sentencia de 26.3.96, *British Telecommunications*, C-392/93, Rec. p. I-1654; Sentencia de 23.5.96, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. p. I-2604; Sentencia de 8.10.96, *Dillenkofer* y otros, as. ac. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, Rec. p. I-4867; Sentencia de 17.10.96, *Denkavit* y otros, as. ac. C-283/94, C-291/94 y C-292/94, Rec. p. I-5085.

¹⁷ Mucho se ha escrito acerca de este principio. De consulta recomendable es la monografía de R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*. Madrid, 1997. También, con el interés de incluir un estudio de derecho nacional comparado, la obra de G. VANDERSANDEN y M. DONY, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*. Bruxelles, 1997. En cuanto a artículos: G. TESAURO, «Responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire», *Revue du Marché Unique Européen* 3/1996, pp. 15-34; J. STEINER, «The limits of State liability for breach of European community law», *European Public Law*, vol. 4, 1998, pp. 69-109; J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN, «El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, n.º 2, 1996, pp. 505-538; L. GOFFIN, «A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des États membres en cas de violation du droit communautaire», *Cahiers de droit européen*, n.ºs 5-6, 1997, pp. 531-554; A. BARAV, «State liability in damages for breach of community law in the national courts», *Yearbook of European Law*, n.º 16, 1996, pp. 87-128.

¹⁸ Esta sentencia es analizada en el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA citado en la nota 1.

Secretary of State for Transport decidió recurrir ante la Court of Appeal, la cual, en sentencia de 8 de abril de 1998¹⁹, mantuvo el mismo criterio que la instancia inferior. Como última posibilidad, la apelación llegó a la Cámara de los Lores²⁰, que ratificó el sentido expresado desde el principio por la Divisional Court.

14. Ante todo, hay que destacar la contundente unanimidad de criterio manifestada por las tres instancias judiciales. Aun más, resulta inusual que todos los miembros de la sala de la Cámara de los Lores coincidan, como es el caso, en su opinión, la cual indudablemente se decanta en defensa de los intereses y principios comunitarios²¹.

15. En estas tres sentencias, no obstante, sólo se entra a analizar si la violación de Derecho comunitario atribuida al Reino Unido está suficientemente caracterizada, es decir, el segundo elemento necesario, según la construcción hecha por el TJCE del principio de responsabilidad, para que dicho incumplimiento genere un deber de reparar. El primer elemento —si la norma violada confiere derechos a los particulares— no entraña dificultad alguna por resultar evidente en este caso. El tercer elemento —la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento atribuido al Estado y el perjuicio originado a un identificado número de particulares— queda pospuesto en su determinación a un futuro proceso. Por tanto, aquí no ha acabado la saga *Factortame*. Resta por concretar todavía los particulares, de entre los demandantes del caso principal, que tienen derecho a percibir indemnización y la cuantía exacta de la misma²². Esto se traducirá, previsiblemente, en una nueva visita a los Tribunales británicos, con lo cual queda demostrada la certeza de la afirmación formulada por la profesora Mangas Martín, cuando habla de los problemas reales de los ciudadanos con la responsabilidad estatal por violación de normas comunitarias: «Necesitará tener un gran patrimonio para soportar tanto juicio,

¹⁹ Sobre esta sentencia en concreto se puede consultar J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE y N. GRIEF, «L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (1997-1998)», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 4, 1998, pp. 613-630.

²⁰ Es la sentencia citada en la nota 3.

²¹ La opinión principal, más extensa y elaborada corresponde a Lord Slynn of Hadley, que fue Juez del TJCE desde 1988 hasta 1991. Los demás Lores se limitan a asentir simplemente o a añadir argumentos en el mismo sentido.

²² Según la información recogida en prensa (v. *El País* de 29.10.99), se calcula en alrededor de 40.000 millones de pesetas el total de la indemnización, correspondiendo a cada barco una cantidad de entre 250 y 500 millones de pesetas.

muchísima suerte para tener un buen juzgador... y paciencia para cobrar la reparación del Estado»²³.

16. Para llegar a este punto, los Tribunales británicos han realizado dos labores: la primera, consistente en identificar los elementos relevantes que determinan si un incumplimiento de Derecho comunitario da lugar a responsabilidad. En este caso, la infracción tiene su causa en el legislador nacional, aspecto éste que no hace decaer la responsabilidad del Estado²⁴. Este argumento debe razonarse más profundamente, puesto que no se puede fiscalizar ni someter a una posible responsabilidad a todos los actos normativos del Estado. En un contexto como el presente, donde la actuación del legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad, extremo éste aceptado por todos, el concepto de responsabilidad debe aplicarse restrictivamente. Esta mayor exigencia se traduce en la necesaria concurrencia de los tres elementos anteriormente citados.

17. Con la segunda labor, una vez determinado todo lo necesario para hacer surgir responsabilidad, se debe decidir si aplicando dichos elementos al incumplimiento de Derecho comunitario que supone la MSA existe deber de indemnizar por parte del Reino Unido.

18. Una cuestión más, muy importante, antes de entrar a valorar concretamente los elementos considerados para apreciar responsabilidad en este caso: los jueces nacionales han tenido conciencia plena de su condición de jueces ordinarios del Derecho comunitario. En el sentido que ahora me interesa señalar, significa que han seguido los cauces argumentales necesarios desde el prisma comunitario. En concreto, con el extenso despliegue doctrinal que llevan a cabo sobre el principio de responsabilidad, parece que quieren dar a conocer este principio a toda la sociedad británica, que lo comprendan y, así, eliminar la sensación de rechazo y cierta hostilidad hacia España y lo comunitario suscitada por este asunto. Estas sen-

²³ En el manual citado en la nota 10, p. 224.

²⁴ Como declara el TJCE en *Factortame III*, para. 34, «...en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares».

tencias, por tanto, no sólo imparten justicia, como es su obligación, sino que también buscan enseñar²⁵.

19. Con este propósito, muestran cómo el principio de responsabilidad estatal es configurado a partir del régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea del art. 288 TCE (antiguo art. 215), el cual, como se sabe, está basado, a su vez, en los principios generales sobre responsabilidad comunes a los derechos de los Estados miembros²⁶. Se produce así una influencia recíproca a la hora de construir ambos principios, aspecto importante en este caso, debido al criterio utilizado por el TJCE consistente en reconocer responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea sólo si se ha extralimitado, en el ejercicio de sus funciones, de los márgenes de apreciación que posee para implementar las políticas comunitarias. Traída esta idea al asunto *Factortame*, nos encontramos en una situación paralela. El legislador británico tenía en este caso un margen de apreciación evidente. Decidió adoptar una norma, la MSA, que manifiesta y gravemente no respetaba el margen de apreciación que poseía, como se verá más adelante.

20. Es interesante, a este respecto, señalar uno de los argumentos esgrimidos por la Cámara de los Lores. Entienden que no se debe rebasar el límite de lo apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la medida de que se trate, entendiéndose que, cuando existe la posibilidad de optar entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos gravosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. De alguna manera, se está haciendo una lectura nacional del principio de proporcionalidad aplicable en el ejercicio de las competencias comunitarias²⁷. Se deduce, por tanto, que el legislador podría haber elegido otra vía que

²⁵ Es de agradecer que la Cámara de los Lores utilice un lenguaje brillante pero claro. Sería deseable, a mi entender, que todos los tribunales cultivaran esta faceta divulgativa y conseguir así acercar la justicia al ciudadano, cuyo poder soberano es, no lo olvidemos, la fuente que legitima el poder de aquélla.

²⁶ Sobre este tema, consúltese F. SCHOCKWEILER, «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 1, 1990, pp. 27-74.

²⁷ Este principio viene recogido en el art. 5 TCE (antiguo art. 3 B), según el cual: «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado». Quiere decir, pues, que a la hora de aplicar una competencia comunitaria, si la Comunidad puede elegir entre varias medidas, deberá optar, a igual eficacia, por la menos gravosa, la que deje mayor libertad. Se trata de no provocar un exceso de reglamentación vinculante.

no fuera una Ley del Parlamento, hasta entonces blindada a toda forma de cuestionarla²⁸.

21. Al hilo de este tema, los Tribunales británicos se preguntan, con carácter general, qué ocurre cuando se aprueba una ley que incumple una norma superior de Derecho interno. Pero por las delicadas connotaciones internas que conlleva esta idea, dejan, sin rubor alguno, para otro momento la consideración de las circunstancias en las que, aparte del Derecho comunitario, el Derecho inglés podría dar remedio por los daños causados a consecuencia de leyes aprobadas en contra de una regla superior de derecho. Al fin y al cabo, no olvidemos que el Reino Unido mantiene un sistema dualista de las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno. Sobre la base de ello, la adhesión a las Comunidades Europeas se produjo a través de la *European Communities Act* de 1972, que no es más que una Ley del Parlamento²⁹. Si se aplica todo esto en base suya, nos podríamos llegar a preguntar: ¿Existiría la posibilidad de extender el principio de responsabilidad a casos únicamente internos, aunque así no esté previsto conforme al Derecho inglés vigente hoy día? ¿Estaríamos, en ese caso, ante un efecto expansivo originado por la influencia del Derecho comunitario? ¿Se caminaría, entonces, hacia un régimen cuando menos armonizado de responsabilidad patrimonial de los Estados aplicable a todo tipo de incumplimiento, sea de origen estrictamente nacional o de origen comunitario? Aunque tradicionalmente no contemplaba el Derecho inglés ninguna de estas posibilidades, no cabe duda que en circunstancias dadas de Derecho comunitario ya sí es posible. De este modo, se deja la puerta abierta para que en un futuro se pueda reexaminar esta tradición, sin caer tampoco en visiones demasiado comunitarizadas ni falsamente idealistas de la realidad jurídica de los Estados miembros. Desde una óptica exclusivamente comunitaria, se podría incluso plantear una armonización normativa sobre la responsabilidad. Pero en el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario, con el vigor alcanzado por el principio de subsidiariedad, carece de sentido tal planteamiento. De todas formas, ya sabemos que la efectividad del Derecho comunitario depende de la acción normativa, administrativa y judicial de los Estados miembros. En la *Declaración relativa a la aplicación del Derecho comunitario*³⁰ se dice que «...es ne-

²⁸ Ya vimos las repercusiones, para el Derecho constitucional británico, causadas por el asunto *Factortame*.

²⁹ Con todos los problemas que, al menos teóricamente, esto supone.

³⁰ Declaración aneja al TUE adoptado en Maastricht en 1992.

cesario para el buen funcionamiento de la Comunidad que las medidas adoptadas en los distintos Estados miembros conduzcan a una aplicación del Derecho comunitario con la misma eficacia y rigor que en la aplicación de sus respectivos Derechos nacionales». Si a esto unimos las garantías que suponen los principios de trato no discriminatorio y de respetar el umbral mínimo de eficacia, se entiende que no exista voluntad política de llegar a dicha armonización.

22. Pasemos ahora a ver cómo llegan los Tribunales británicos a determinar que existe violación suficientemente caracterizada. En primer lugar, adoptan como referente los factores enunciados por el TJCE en la sentencia *Factortame III*³¹, en el bien entendido que es sólo eso, una guía a tener en cuenta, no un catálogo cerrado de elementos que deban ser seguidos al pie de la letra. El propio TJCE parte de esta idea y la Cámara de los Lores se limita a recordarlo. Se consideran, por tanto, legitimados para no estimar todos los factores y para estimar otros nuevos que crean convenientes al caso. Esta posición, perfectamente correcta, nos podría llevar a plantear qué ocurriría si esos nuevos factores introdujeran ciertas connotaciones discriminatorias³². Por un lado, el propio TJCE reserva a los Tribunales internos de los Estados la competencia en exclusiva para determinar la responsabilidad patrimonial de éstos³³. Pero por otro lado, el TJCE es el garante de la correcta aplicación del Derecho comunitario, incluso si es un órgano judicial interno el concernido. Quiere decir lo anterior que el TJCE respeta el papel del juez nacional como juez común del Derecho comunitario, pero tiene la facultad, igualmente, de controlar su actuación, que si se demuestra discriminatoria, es decir, contraria al Derecho comunitario, puede engendrar responsabilidad al Estado del que forma parte orgánica ese tribunal. De todas formas, esta situación resulta inédita, hasta la fecha, en la práctica del recurso por incumplimiento.

³¹ En el para. 56 se dice: «...entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente *puede tener que considerar*, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario» (cursiva añadida).

³² Por ejemplo, tener en cuenta el interés nacional a la hora de valorar la amplitud del margen de apreciación.

³³ Véase para. 58 de la sentencia *Factortame III*.

23. De todas formas, nada de eso ocurre en el presente caso. Se tiene conciencia de la complejidad de las situaciones reguladas, de la diversidad de orientaciones posibles, de las dificultades de aplicación e interpretación de la norma comunitaria. Se deduce la existencia de un margen de apreciación estatal muy amplio debido a la necesidad de implementar una política comunitaria que contiene rasgos de cierta oscuridad. Es delicado concluir que existe responsabilidad del Estado en estas circunstancias, porque el ejercicio de la función legislativa no puede estar amenazado por esta perspectiva en cualquier caso en que el Derecho comunitario requiera medidas legislativas que puedan afectar a intereses individuales. Sólo se admitirá si manifiesta y gravemente no respeta los límites marcados en el ejercicio de sus poderes.

24. Concretamente, se trata de averiguar si los requisitos de nacionalidad, domicilio y residencia contenidos en la MSA suponen una violación del Derecho comunitario suficientemente caracterizada. En cuanto a la nacionalidad, no cabe discusión alguna al entrañar una discriminación directa, manifiestamente contraria al Derecho comunitario. Aparte de suponer una infracción del art. 12 TCE (antiguo art. 6), los Tribunales británicos formulan toda una declaración: la no discriminación por razón de nacionalidad es el más importante principio, fundamental para el desarrollo del mercado interior. Pero se recuerda también que la Unión Europea no consiste sólo en acuerdos comerciales entre los Estados miembros, sino que es una empresa común en la cual todos los ciudadanos pueden participar como tales.

25. Respecto al domicilio, es un concepto, a la luz de su propio Derecho interno, por el que una persona residiría en el Reino Unido con la intención de hacer de este Estado su casa permanente. Por tanto, sus efectos serían perfectamente equiparables a los propios de la nacionalidad. Aunque el requisito de residencia sería, en sí mismo considerado, un poco más problemático, está claro que la discriminación por razón de nacionalidad es el efecto pretendido no sólo por la condición de domicilio, sino también por la condición de residencia.

26. De entre los Lores, la opinión más incisiva e irónica sobre los elementos discriminatorios es la de Lord Hoffmann: «Cuando se considera la fuerza de los argumentos del Reino Unido para justificar la discriminación contra nacionales de otros Estados miembros, me parece que hay una grave divergencia entre la retórica con la que el Gobierno describe el problema y la solución adoptada. La Ley, se decía, buscaba asegurar que

«las cuotas británicas estuvieran reservadas a pescadores británicos». [...] La imagen dada era la de desilusionados arrastreros de Newquay o Grimsby, volviendo de vacío porque el pescado que era parte de la cuota británica había sido capturado por buques españoles ondeando la bandera británica y desembarcado en Santander. [...] Pero los términos de la Ley eran inapropiados para conseguir este objetivo porque principalmente estaban relacionados, no con las operaciones de los buques, sino con la nacionalidad, domicilio y país de residencia de los accionistas de las empresas a las que pertenecían esos barcos. Estoy obligado a preguntar cómo puede ser que exista diferencia para los intereses de la población de un puerto pesquero inglés si las acciones de una empresa a la que pertenezca el buque son propiedad de un nacional británico con domicilio y residencia en Londres o de un nacional español con domicilio y residencia en Madrid»³⁴.

27. Otro aspecto que goza de cierto protagonismo es el relativo al papel jugado por la Comisión en este caso. Desde que tuvo noticia del proceso de elaboración de la MSA, manifestó sin ambigüedad su oposición frontal a las disposiciones discriminatorias contenidas en ella³⁵. Bien sea su opinión fruto de una comunicación interpretativa, bien se enmarque en el contexto del recurso por incumplimiento, no es jurídicamente decisiva sobre la cuestión de si existe responsabilidad. Pero se admite un importante peso específico a su opinión. Un Estado miembro puede no seguirla, pero si así lo hace, en caso de declararse su conducta contraria al Derecho comunitario, se reforzará la posición de quien pretenda obtener reparación. Esto es debido a que el error imputado al Estado se convierte, por este motivo, en inexcusable y manifiesto. En nada es comparable a la opinión solicitada por el Gobierno británico a un consejo asesor, que por otra parte, ya advirtió que una norma como la MSA corría el riesgo de ser declarada incompatible con el Derecho comunitario. Precisamente, el Reino Unido fundamentó su actuación en la opinión de ese consejo asesor. Por esta y otras razones, la Cámara de los Lores interpreta que no ha existido mala fe en este caso por parte del Estado, extremo éste que, aun siendo discutible, no influye para nada en la decisión final, puesto que nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva, que no está basado en el concepto de falta, ya sea intencional o negligente.

³⁴ Traducción propia.

³⁵ Recordemos que, paralelamente a las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales británicos, la Comisión inició el procedimiento del art. 226 TCE (antiguo art. 169).

28. Por otro lado, uno de los demandantes del caso principal solicitó una indemnización de daños y perjuicios disuasorios —*exemplary damages for unconstitutional behaviour*—, que es una figura propia del Derecho inglés consistente en un modo de reparación agravado debido a una actuación de las autoridades públicas opresiva, arbitraria o inconstitucional. Aunque no fue reconocida esta indemnización por considerarla inapropiada al asunto, su invocación era totalmente correcta. Esto acentúa la configuración del régimen de responsabilidad estatal como un estándar mínimo. Si el Derecho interno de un Estado contiene disposiciones más gravosas en cuanto a la responsabilidad, el juez interno deberá aplicarlas a un asunto de naturaleza comunitaria.

29. Por lo que se refiere al fin último perseguido en este caso, esto es, la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares, consideramos que se logra conjugar satisfactoriamente el equilibrio necesario entre un deseable margen de autonomía procedimental y un obligado respeto al objetivo de dotar de plena eficacia al Derecho comunitario.

30. En otro orden de cosas, también se manifiesta cómo los intereses económicos y jurídicos españoles pueden dirimirse perfectamente en un procedimiento interno de otro Estado miembro, que en este caso es el «euroescéptico» Reino Unido. La actitud de este último se ha movido entre el respeto en la aplicación del Derecho comunitario y los frustrados, de momento, intentos de presionar a la Comisión para que interpretara el *quota hopping* en un sentido más favorable a su posición.

31. Dejando de lado la defectuosa cita de artículos, de lo cual incluso pide perdón la Court of Appeal justificándose en la reenumeración provocada por el Tratado de Amsterdam, los Tribunales británicos dan, en este caso, una perfecta muestra de la necesaria complicidad de los jueces nacionales en el proceso de construcción europea más allá de la jurisprudencia del TJCE. En este sentido, hay que reconocerles el protagonismo que se merecen³⁶.

³⁶ En España se ha recogido y reconocido la doctrina del TJCE sobre el principio de responsabilidad, pero no se ha llegado a determinar en ningún caso. Sobre este tema, véase J. L. GIL IBÁÑEZ, «La responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario. Su articulación en el Derecho español. Algunos supuestos de aplicación por los Tribunales españoles», *Actualidad administrativa*, n.º 19, 1999, pp. 543-567.