

ANTECEDENTES, NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PESQUERAS CONJUNTAS

Gonzalo A. Barrio García

A. LAS EMPRESAS PESQUERAS CONJUNTAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA ANTES DE LA ADHESIÓN A LA COMUNIDAD EUROPEA

La revolución experimentada en el Derecho Internacional del Mar con la extensión de las aguas marítimas nacionales supuso un vuelco radical en el panorama pesquero existente. El aumentar las zonas marítimas nacionales hasta las doscientas millas -contadas desde las líneas de base que marcan el mar territorial-alteró radicalmente el contexto tradicional en que se desarrollaba la actividad pesquera, caracterizado en ese momento por un colonialismo de los caladeros, al pasar bruscamente a una fase posterior de nacionalización. Pero la actitud proteccionista y celosa de los países ribereños respecto a su riqueza pesquera, y que motivó este profundo cambio, no quedó únicamente reducida al aumento geográfico de sus zonas marinas, sino que se tradujo también en un sentimiento reticente a la hora de compartir sus recursos ícticos con otros países. Este espíritu se evidencia también hoy en día en la escasa receptibilidad que muestran los Estados costeros en la concesión de licencias de pesca a buques extranjeros para aprovechar sus aguas marítimas .

La reacción necesaria de adaptación ante este radical cambio obligó a la búsqueda de nuevas e imaginativas formas de explotación por parte del sector pesquero español, uno de los más afectados por ese cambio jurídico. Los dos objetivos que se intentaban garantizar *a priori* eran, de un lado, mantener la actividad de la flota pesquera española de altura y gran altura y, de otro, asegurar el regular aprovisionamiento de pescado al atractivo mercado español.

A la exigida adaptación estructural por la alteración de la situación en la que se ejercía la pesca se sumó la necesidad coyuntural de dar solución a una serie de problemas concretos, pero íntimamente vinculado con el anterior. Problemas tales como el provocado por los síntomas de agotamiento del caladero namibiano, en el que faenaba una gran parte de la flota de gran altura española, el encarecimiento del precio del combustible y el descubrimiento de nuevas zonas de pesca en aguas argentinas y su posible uso alternativo para aquella flota. Todo ello propició, sin duda, el nacimiento de las denominadas inicialmente, según la regulación española, empresas pesqueras conjuntas. Ello se debió a que la aparición de nuevas fórmulas de explotación económica arrastró consigo la creación de novedosas instituciones jurídicas que articularsen y perfilasen normativamente estos nuevos modos de ejercicio de la actividad pesquera.

a. Definición de empresa pesquera conjunta

Las empresas pesqueras conjuntas (EPC), tal y como las definía su decreto creador¹, eran aquéllas que en un país extranjero, y conforme a su legislación, constituían las empresas pesqueras españolas, (entendiendo por tales las individuales o colectivas cuyo objeto fuera el ejercicio de la pesca), en asociación con personas físicas o jurídicas de aquél país y, en su caso, de otros países, con la finalidad de aprovechar conjuntamente los recursos pesqueros del mar.

Eran tres, por tanto, los elementos que resaltan de la lectura de su definición. En primer lugar, la remisión, en cuanto a su constitución, a la legislación extranjera y a los requisitos que ésta estableciese. Como segunda peculiaridad, la necesidad de una asociación con personas físicas o jurídicas extranjeras, no nacionales; y, finalmente, la orientación teleológica que debía presidir la creación de estas empresas, que no era otro que el aprovechamiento conjunto de los recursos del mar.

No obstante, y si bien se produce la remisión a la legislación extranjera para su configuración, no existía una dejación de carácter absoluto y total pues su creación se condicionaba al cumplimiento de las formalidades previstas en la legislación española². Esto es, para obtener el reconocimiento como tal EPC, y gozar de los consiguientes beneficios inherentes a esta calificación, verdadera causa constitutiva, era necesario el cumplimiento de un gran número de requisitos impuestos por la regulación española. En este sentido, se exigía un informe favorable de las autoridades pesqueras españolas equiparable a una autorización administrativa, que el capital español aportado constituyese al menos un cuarenta por ciento del capital social de la empresa o, en el supuesto de no alcanzar ese tope, una autorización expresa para el disfrute de los beneficios, y un verdadero control de la gestión de aquélla. Para alcanzar aquel nivel de capital se preveía la venta o aportación de buques inscritos en la lista tercera del registro, de forma que las embarcaciones aportadas no pudiesen ser ofrecidas como baja para la construcción de nuevos buques. Con ello se conseguía, asimismo, otros objetivos, como el de reducir la sobredimensionada flota española, la aportación de tecnología pesquera nacional a otros países y el mantenimiento del empleo para los tripulantes españoles enrolados en esos pesqueros.

En relación con este último aspecto, hay que tener en cuenta, además, que la exportación de los buques pesqueros españoles a las EPC no arrastraba, en esos

¹ La evolución normativa de las mismas se produjo de la forma que sigue; se regularon por primera vez en el Decreto 2517/76, de 8 de octubre, que sufrió varias modificaciones, como la introducida por el D. 1075/77, de 13 de mayo, que añadió un beneficio trascendental y que animó su creación por la posibilidad de importar el pescado capturado por buques españoles aportados a estas EPC con libertad de derechos arancelarios, reguladores y compensatorios variables. El D. 2839/77 que permite la aportación a EPC de buques en proceso de construcción si cumplen determinados requisitos y la Orden de 1 de agosto de 1977 que detalla y desarrolla el contenido normativo de estas EPC. Luego el RD. 2209/81, de 20 de agosto, que establece las condiciones a cumplir por las EPC españolas para acogerse a los beneficios de su calificación y el RD. 830/1985, de 30 de abril, que refunde y renueva toda la regulación administrativa sobre las mismas. Actualmente, su normación es de naturaleza comunitaria, siendo sustituida esta última regulación española por el RD 2112/1994, de 28 de octubre, derogado a su vez por el RD 798/1995, de 19 de mayo, por el que se definen los criterios y condiciones de las intervenciones con finalidad estructural en el sector de la pesca, de la acuicultura y de la comercialización, la transformación y la promoción de sus productos, que reitera, en este punto, la reglamentación comunitaria.

² Incluso, actualmente, en que su reglamentación es comunitaria se exigen ciertos elementos de conexión con la legislación española para poder beneficiarse de las ventajas, fundamentalmente el otorgamiento de ayudas, en su configuración.

momentos, graves consecuencias al nivel de empleo de los tripulantes enrolados en los mismos. Se aseguraba además la conexión de aquéllos, sea cual fuere la nacionalidad de la empresa, a la legislación laboral y social española, en cuanto debían estar dados de alta en el régimen de la seguridad social propio de los trabajadores del mar y cubiertas sus contingencias de accidentes laborales y enfermedades profesionales conforme a la legislación española, siendo competentes los tribunales españoles en sus conflictos laborales³.

b. Beneficios de la calificación

La creación de estas empresas ofrecía un beneficio global y conjunto, tanto para los armadores, marineros, consumidores, como para el propio Gobierno español.

En efecto, la reducción del volumen de la flota pesquera sin que la misma fuera drástica y sin afectación del empleo, favorecía una necesaria reconversión del sector y aliviaba la posición negociadora del Gobierno español en la firma de cualquier tratado pesquero. Asimismo, propiciaba, mediante esta exportación de buques, la construcción naval en astilleros españoles, y se aseguraba la complementariedad en el necesario abastecimiento de pescado a España siendo, además, una vía adecuada para acceder a recursos externos.

A cambio se le concedían unos beneficios de orden inmediato como eran créditos a la exportación de buques españoles de pesca, coberturas de riesgos no comerciales, y otros de carácter mediato, como la inclusión de parte de las capturas realizadas por estas empresas como cupos para regular el mercado español. Este privilegio será posteriormente sustituido por el beneficio que más las caracterizó como era el de la preferencia de trato arancelario, incluso con la posibilidad de introducir sus capturas

³ Así los Tribunales laborales españoles levantaban el velo de las EPC para afirmar el carácter español de las EPC y por tanto su propia competencia; es explícito en este sentido el Tribunal Central de Trabajo quien en sentencia de 12 de mayo de 1982 (Ar. 2823) -cuya doctrina será reiterada con posterioridad- afirmaba que: "ha de partirse de la realidad pública y notoria de las dificultades en que se viene desenvolviendo la industria pesquera española, bajo las limitaciones que soporta por la extensión de las aguas jurisdiccionales de otros países y sus reservas de cupos de pesca, las cuales se intentan paliar mediante diversas fórmulas entre las que figura la constitución de empresas mixtas que propicien el abanderamiento de buques españoles bajo pabellón extranjero (...) surgiendo con aquellas constituciones de empresas la apariencia de estar los trabajadores al servicio de la empresa bilateral, radicada en país extranjero, cuando la realidad es que han sido contratados y trabajan en beneficio del patrono español, que no es solo el simple y aparente representante de la mixta, sino copartícipe en su titularidad, y receptor de la prestación de servicios remunerados a que se refiere el artículo primero del Estatuto de los Trabajadores, por lo cual es innecesaria la presencia procesal del otro titular". Cfr., J.L. IRIARTE ANGEL, "Empresas pesqueras conjuntas y Derecho comunitario: Comentarios al Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de octubre de 1989", *Actualidad Civil*, num.35, 1990, tomo 3º, p. 521.

Actualmente, se mantiene dicha exigencia; así, la disposición adicional octava del RD 798/1995 establece que los españoles que trabajen o pasen a trabajar en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial lo harán, en todo caso, a efectos de garantía de sus derechos en materia de seguridad social, como pertenecientes a una de las empresas españolas participantes en aquéllas, debiendo en consecuencia, figurar dados de alta en el régimen especial español de seguridad de los trabajadores del mar para todas las contingencias protegidas por el mismo y cubiertos en forma legal de la de accidentes laborales y enfermedades profesionales, todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España y de la legislación del país extranjero conforme a la cual se hayan constituido las citadas empresas.

libres de cargas impositivas⁴ y equiparadas a las de producción nacional⁵, en el protegido mercado español singularizado por un elevado consumo de pescado y por el alto precio que éste alcanzaba. Este beneficio arancelario será de una importancia singular en el diseño de las EPC al permitir este sistema una planificación temporal a largo plazo de la explotación y favorecer con esa previsión la rentabilidad de las altas inversiones.

Caracterizadas de esta forma, las EPC se desarrollaron en más de cincuenta y seis países tanto de la órbita comunitaria como extracomunitaria, y sirvieron para aliviar la tensa situación de un sector condenado a una reestructuración profunda desde la modificación del orden jurídico internacional del mar.

B. EVOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MIXTAS PESQUERAS

a. Regulación inicial

En la Europa comunitaria previa a la adhesión de España los problemas derivados del exceso de la capacidad extractiva de la flota pesquera y de afectación por el transformado orden jurídico internacional del mar también estaban presentes, si bien, de forma no tan latente como en España. Esa misma situación exigió una reorientación de las actividades pesqueras comunitarias hacia nuevas especies o hacia nuevos mares siendo coherente con la consecución de este objetivo, además de las campañas de pesca experimentales, la cooperación en "empresas mixtas" entre personas físicas o jurídicas miembros de un país comunitario y de terceros países (fundamentalmente del área mediterránea o de la costa occidental de Africa) con el objeto común de la explotación conjunta de los recursos marinos.

⁴ Existe una amplia jurisprudencia respecto a la equiparación arancelaria entre las capturas desembarcadas por buques nacionales y aquellos otros aportados a las EPC. En este sentido, fue rotundo el Tribunal Supremo sentenciando la total igualación de tratamiento, no solo fiscal, entre las capturas procedentes de unas empresas y otras; buena prueba de ello es el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 28 de febrero de 1987, cuando afirma que: "Existe en nuestro ordenamiento jurídico, tal como hemos expuesto anteriormente, y no sólo en materia fiscal, una clara y evidente equiparación de las capturas realizadas por los buques nacionales integrados en las EPC, con las efectuadas por españoles en buques nacionales, teniendo aquéllas como éstas, la misma finalidad de garantizar el abastecimiento nacional de proteínas de origen marino; por ello, resulta incongruente con cuanto llevamos expuesto, aplicar al desembarque en un puerto nacional de la pesca capturada por los buques españoles de las EPC, una tarifa portuaria establecida para los productos de la pesca importada, cuando, como con acierto se declara en la sentencia apelada, la procedente es la que comprende al pescado nacional, pues con ello, así mismo, se coadyuva al abastecimiento nacional con 'mínimos costos', que es una finalidad de la Ley 147/1961, de 23 de diciembre, sobre Renovación y Protección de la flota pesquera, y que también se recoge en el aludido Real Decreto 2517/1976, de 8 de octubre". Az. 1817 del año 1987, reiterada con posterioridad en ese mismo año en sentencias de 15 de abril, 13 de mayo, 15 de junio, 16 de junio, 16 de octubre, 24 de noviembre, (Az. 2518, 3590, 4884, 4885, 7324, 7926, y en el año 1988 y 1989 por sentencias de 27 de enero de 1988 y 8 de julio de 1989 (Az. 156 y 5249, respectivamente).

⁵ Así explícitamente una sentencia del Tribunal Supremo expuso la razón de tal equiparación pues, "mediante una ficción legal, las EPC, formalmente extranjeras se equiparan a las nacionales como consecuencia de una realidad subyacente más fuerte que su apariencia o su régimen jurídico, ya que son sustancialmente nuestras, aun cuando hayan de adoptar otra vestidura para poder actuar en determinados países, cuyo nacionalismo exacerbado exige tal enmascaramiento".(Sentencia de 27 de noviembre de 1987, Az.7324).

Estas empresas pesqueras mixtas -entendiendo por tales, según el Reglamento (CEE) num.2909/83 del Consejo⁶, "las constituidas en forma de asociación contractual, o en forma de sociedad de capitales, entre personas físicas o jurídicas de la Comunidad y personas físicas o jurídicas de un tercer país de la cuenca mediterránea o de la costa occidental de Africa, con el fin de explotar en común los recursos pesqueros del citado país"⁷- también serán fomentadas por parte de la Comunidad Europea. La forma de promoción, en cambio, responde a una distinta filosofía de la prevista en la legislación española⁸, al configurarla más como reducción y sustitutivo del desguace que como una forma jurídica de colaboración internacional.

En efecto, la intervención comunitaria de promoción se basa en un incentivo inmediato y total por operación de constitución de una empresa mixta, sin prever los beneficios mediatos de exención arancelaria que presidieron la buena marcha de las EPC. Por ello, la configuración de estas sociedades y su fomento se parece más a un sustitutivo de la prima de desguace y de exclusión definitiva del ejercicio de la pesca por los buques de esas sociedades, que al verdadero intento de crear una empresa conjunta con un carácter de colaboración y cooperación con terceros países⁹. Todo ello dentro de un contexto de reducido presupuesto para esta prima de colaboración¹⁰.

Producida la integración de España en la Comunidad Europea se dicta el Reglamento (CEE) num.4028/1986¹¹ que, entre las distintas medidas de adaptación de las estructuras del sector pesquero, prevé un sistema de ayudas a las "asociaciones temporales de empresas". Este modo de promoción se aparta del sistema de cooperación internacional de acción pesquera propio de una empresa conjunta al exigir aquél una duración indefinida en el tiempo.

Las asociaciones perfiladas por este reglamento nacen, pues, con una vocación de provisionalidad y de limitación temporal, transitoriedad en definitiva¹². Su operatividad en la práctica es reducida y escasa al exigir el mantenimiento del pabellón comunitario del Estado miembro durante todo el período que comprenda la asociación

⁶ Reglamento (CEE) num.2909/83, del Consejo, de 4 de octubre de 1983, relativo a un régimen de fomento de la pesca experimental y de la cooperación en materia de pesca en el marco de empresas pesqueras mixtas. DO L 290, de 22 de octubre de 1983, p.9. EE 04/02 p.179.

⁷ Cfr., el artículo 2.1.b) del citado reglamento.

⁸ Se concedía una prima de 25 Ecus por cada tonelada de registro bruto aportado a estas sociedades y por cada período de tres meses consecutivos para la transferencia con carácter temporal. Si la duración de la sociedad era indeterminada se concedían 400 Ecus por tonelada de registro bruto por las 300 primeras toneladas y 200 Ecus por tonelada de registro bruto para cada tonelada suplementaria, para la transferencia de barcos con carácter definitivo. La concesión de esta prima se subordinaba a que los barcos no pesquen en aguas comunitarias durante el período que dure la sociedad temporal y en el caso de las transferencias de barcos definitivos a estas empresas se les debe excluir definitivamente del ejercicio de la pesca en aguas comunitarias.

⁹ Vid., en este sentido J.A. TOVIO NEIRA, "La situación de las Sociedades pesqueras conjuntas en la CEE: presente y futuro", *La participación de Galicia en la política pesquera comunitaria*, Fundación Galicia-Europa, La Coruña, 1989, p.135. Del mismo autor: "Las sociedades pesqueras conjuntas", *La revisión de la política pesquera comunitaria: la apuesta de 1992*, F. González Laxe (Coordinador), Fundación P. Barrié de la Maza, La Coruña, 1992, p.43 y ss.

¹⁰ Se destinaban únicamente siete millones de Ecus. Cfr., art.11 in fine del reglamento.

¹¹ Reglamento (CEE) num.4028/86, del Consejo, de 18 de diciembre, relativo a acciones comunitarias para la mejora y la adaptación de las estructuras del sector pesquero y de la acuicultura.

¹² Este carácter se desprende ya de su propia definición pues por "asociaciones temporales de empresas" se entiende cualquier asociación contractual establecida durante un período limitado entre armadores comunitarios y personas físicas o jurídicas de uno o más países terceros con los que la Comunidad mantenga relaciones en materia de pesca, con el fin de explotar y aprovechar conjuntamente los recursos pesqueros para dicho o dichos países terceros y repartir los costes, los beneficios o las pérdidas que

temporal a fin de definir como comunitarias las capturas de los barcos de esas asociaciones, lo que impide la creación de verdaderas EPC¹³.

Posteriormente, y fruto de una necesidad coyuntural, de dar salida a la flota - mayoritariamente española- que faenaba en Namibia, es cuando se recupera en Derecho comunitario el esquema de intervención propio de las empresas conjuntas, mediante las denominadas "sociedades mixtas"¹⁴. Tienen este carácter "las sociedades de derecho privado constituidas por uno o varios armadores comunitarios y uno o más socios de un tercer país con el que la Comunidad mantenga relaciones, vinculados por un contrato de sociedad mixta, con el fin de explotar y, en su caso, aprovechar los recursos haliéuticos situados en las aguas bajo soberanía y jurisdicción de estos terceros países en la perspectiva de un abastecimiento prioritario del mercado de la Comunidad"¹⁵.

Este tipo de asociaciones, por sus mecanismos de configuración y promoción, se preveían más como un sistema de reducción de la flota mediante una reconversión aparentemente no traumática, que como un instrumento de colaboración y de cooperación internacional. Es decir, se pretendía por medio de un único beneficio inmediato, la concesión de una ayuda¹⁶, fomentar la reducción de buques pesqueros comunitarios, lo que obliga a considerarlas más como alternativa a las primas de desguace que como inversiones estables y duraderas en terceros países.

resultaren de la actividad económica conjunta, dentro de una perspectiva de suministro prioritario del mercado comunitario". Vid. art 18 del Reglamento 4028/86 y el desarrollo de este apartado efectuado por el Reglamento (CEE) num.1955/88 de la Comisión, de 29 de junio de 1988, que establece las disposiciones de aplicación del Reglamento 4028/86 del Consejo en lo que se refiere a la cooperación en el marco de las asociaciones temporales de empresas en el sector pesquero, el cual será parcialmente modificado como consecuencia de la promulgación del Reglamento (CEE) num.1957/91 de la Comisión de 21 de junio de 1991 (DO L 181, de 8 de julio de 1991).

¹³ La necesidad del establecimiento de lazos duraderos y de estabilidad temporal para crear verdaderas empresas conjuntas es reconocida explícitamente en el Reglamento (CE) num.3944/1990, del Consejo, de 20 de diciembre de 1990 (DO L 380 de 31 de diciembre de 1990 p. 1) que recupera las uniones estables de empresas pesqueras comunitarias y de terceros países. Así en uno de su considerandos se afirma que: "Considerando que es asimismo necesario mantener y fortalecer las corrientes comerciales tradicionales de los productos alimentarios respetando los mecanismos destinados a garantizar el abastecimiento prioritario del mercado comunitario y que se ha demostrado que el esfuerzo de la cooperación estable y duradera entre la Comunidad y los Estados terceros ribereños con los cuales mantiene relaciones de pesca requiere el desarrollo y la consolidación de lazos viables y duraderos entre las distintas partes para lograr un verdadero intercambio de tecnología y conocimientos en el sector de la pesca".

¹⁴ Estas sociedades mixtas se recuperan por el Reglamento (CEE) num.3944/90, desarrollado por Reglamento 1956/91 de la Comisión de 21 de junio de 1991 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento 4028/86 del Consejo en lo relativo a las medidas de apoyo para la constitución de sociedades mixtas (DO L 181, de 8 de julio de 1991 p.1).

Estas medidas de fomento fueron traspuestas al sector pesquero español por medio del RD 222/1991, de 22 de febrero, para el desarrollo y la adaptación de las estructuras pesqueras y de la acuicultura (arts. 58 a 62 para las asociaciones temporales de empresas y 63 a 66 inclusive, en el caso de asociaciones mixtas, desarrollándose el régimen financiero de estas ayudas por Orden de 2 de diciembre de 1991 y de 26 de julio de 1991, respectivamente)

¹⁵ El fomento mediante una ayuda financiera para este tipo de sociedades estaba previsto únicamente en relación a grandes buques, de más de 12 metros, y con tecnología adecuada para el ejercicio de la actividad pesquera pero al igual que las sociedades temporales se exige el mantenimiento del pabellón del Estado miembro al que pertenece el buque. Más ampliamente, vid. el artículo 21 del Reglamento (CEE) num. 3944/90 que añade el Título VI bis, referente a sociedades mixtas, al Reglamento (CEE) num. 4028/86.

¹⁶ Sí es relevante traer a colación las dos condiciones que priorizan el otorgamiento de estas ayudas; estas son: a) referirse a terceros países que ofrezcan garantías satisfactorias para las inversiones comunitarias y dispongan de recursos pesqueros importantes que resulten interesantes para el mercado comunitario, b) emplear buques que faenen en aguas comunitarias y aprovechen recursos pesqueros internos sometidos a importante explotación o lo hagan en aguas no comunitarias en las que haya dificultades de acceso a los recursos. (Vid. art.3 del reglamento de aplicación 1956/91).

b. El Acta de Adhesión de España y sus consecuencias

El Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas contiene en su artículo 168¹⁷ el certificado de defunción de estas empresas que tan buenos resultados proporcionaron al sector pesquero español.

Previamente a la Adhesión ya se vislumbraban las dificultades de la compatibilidad de los beneficios propios de este sistema y la legislación comunitaria¹⁸. Así, respecto de países comunitarios, debido a que las preferencias arancelarias a favor de las EPC desaparecerían integrándose en el régimen general comunitario de prohibición de obstáculos a la libre circulación dentro de la Comunidad. Peor era, todavía, asegurar la pervivencia de esos beneficios arancelarios respecto de empresas radicadas en terceros países no comunitarios, pues no mantendrían cupos exentos de arancel, convirtiéndose en unos exportadores más de la Comunidad, en condiciones semejantes a cualquier otra empresa extranjera.

Desaparecía, en definitiva, el aliciente más fundamental en la creación de estas EPC, lo que provocó una situación angustiada en el sector, agravada aún más tras la redacción inicial del Reglamento (CEE) num.4028/86 y la nula existencia de la posibilidad de su creación en el Derecho comunitario. Este cambio, no previsible - cuando en 1985 se reiteran sus beneficios arancelarios- modificó los esquemas propios que rigieron la concepción de las EPC. A partir de ese momento se equipara, como no podía dejar de ser, la legislación española a la reglamentación comunitaria, poniendo fin a los beneficios arancelarios anteriormente concedidos. Tal alteración generó una responsabilidad del Estado español hacia las EPC existentes, como se trata seguidamente.

En efecto, la previa concesión de beneficios a las EPC y su posterior supresión, si bien progresiva, tras la adhesión a la Comunidad, provocó un profundo cambio de las condiciones económicas y del equilibrio financiero en que éstas operaban. La rentabilidad de las altas inversiones que suponía la participación en una EPC y la aportación definitiva de buques se había realizado en la creencia de una recuperación del capital invertido mediante las preferencias arancelarias de sus capturas, incentivo primordial que conllevaban las EPC.

Por ello, la desaparición de este régimen supuso la quiebra del principio de confianza legítima y de buena fe en las inversiones por parte de las EPC, máxime cuando en el período de su constitución no era previsible que la posible incorporación de España a las Comunidades Europeas conllevase la supresión de los beneficios arancelarios concedidos.

Pero es más, para las EPC las exenciones aduaneras no se constituían como unas simples o meras expectativas, sino como verdaderos derechos adquiridos y, por tanto, susceptibles de indemnización ante su conculcación.

Esta responsabilidad patrimonial del Estado español fue reconocida en la

¹⁷ No deja lugar a dudas el tenor literal del precepto:

Art. 168: "1. Las exoneraciones, suspensiones o contingentes arancelarios concedidos por el Reino de España para los productos de la pesca procedentes de las empresas conjuntas constituidas entre personas físicas o jurídicas de España y de terceros países serán eliminadas..." estableciendo un período y un sistema progresivo de desaparición de estos privilegios arancelarios.

¹⁸ Vid., TOVIO NEIRA, *Las sociedades pesqueras conjuntas*, cit, p.46.

sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993¹⁹ -y cuya jurisprudencia se reitera con posterioridad²⁰- cuando declara la procedencia de la pretensión indemnizatoria del daño por causa de aquella supresión²¹. Previamente a esta declaración, el Tribunal sintetizó los caracteres de estas sociedades y los motivos que originaron la responsabilidad²², reconociendo la existencia de un auténtico derecho

¹⁹ Az. 1622 del año 1993. Vid., el comentario a esta sentencia de F. GARRIDO FALLA, "A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993", *REDA*, num.81, 1994, p. 111 y ss.

²⁰ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1994 (Az. 4081).

²¹ La causa motivadora de la indemnización de daños y perjuicios viene dada: "en razón del cambio radical operado o por mejor decir introducido por el Acta de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, al disponerse, en el art. 168, la eliminación, a lo largo de un período de siete años, del sistema de cupos exentos de aranceles concedidos por el Reino de España para los productos de pesca procedentes de las empresas conjuntas constituidas entre personas físicas o jurídicas de España y de terceros países, arguyéndose sustancialmente y en síntesis, para basamentar la pretensión actualizada, que el específico ordenamiento vigente en España con anterioridad a la suscripción del aludido Tratado, representado fundamentalmente por D. 2517/1976, de 8 de octubre, más tarde sustituido por el RD 830/1985, de 30 de abril, había reconocido, en desarrollo de una verdadera acción de fomento, importantes beneficios, entre ellos la exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables del pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos, a los armadores nacionales que participaran en EPC, y como quiera que tales Disposiciones habían determinado a la entidad actora a efectuar grandes inversiones, promoviendo y participando en empresas de aquella naturaleza, precisamente por los verdaderos beneficios prometidos, es por lo que la eliminación de los mismos, aunque se produzcan durante el período de siete años, como consecuencia de la firma del Tratado de Adhesión a la CEE, ha irrogado efectivos, evaluables económicamente e individualizados daños y perjuicios, que deben ser indemnizados, por concurrir las circunstancias o requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial del Estado". Cfr., FJ 1º.

²² Se dice textualmente: "...Se insta la indemnización, no ya en su particular cuantificación sobre la cual volveremos más adelante, pues bien se considere la eliminación de los cupos exentos del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, como resultado de las relaciones internacionales, desarrolladas por el Gobierno (en armonía con lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución que le encomienda la dirección de la política exterior), al haberse alcanzado el acuerdo con la CEE mediante la suscripción del Tratado de Adhesión, en cuya virtud se cedió soberanía en materia de pesca, o incluso y más propiamente como consecuencia de las determinaciones de Poder legislativo, en cuanto las Cortes concedieron la autorización para la prestación del consentimiento del Estado, a medio de la LO 10/1985, de 2 de agosto, es lo cierto que la sociedad actora, en desarrollo y ejecución de la indudable acción de fomento programada por el Gobierno de la Nación y materializada, entre otras disposiciones en el D. 8-10-1976 y RD 30-4-1985 contribuyeron a la creación de EPC y efectuó fuertes inversiones para su constitución, sujeta desde luego a la previa autorización administrativa, en ponderación de los concretos beneficios que se reconocían a los armadores españoles, como eran créditos a la exportación de buques de pesca en explotación (los cuales debían reunir los requisitos establecidos), cobertura de los riesgos de las inversiones y sobre todo la importación de pescado con exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, no siendo ocioso advertir, además, que la actividad gubernamental estaba inspirada por poderosas y variadas razones derivadas de las dificultades de la flota pesquera española para encontrar caladeros, una vez extendidas las aguas territoriales de los distintos países, y de la necesidad de abastecer el mercado interior, conservar los empleos de los pescadores, mantener la actividad de nuestros astilleros, etc. y si esto es así, si los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada en las Disposiciones más arriba reseñadas y si el propio Gobierno español, con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas, es visto como y cual anticipábamos al inicio de esta motivación, deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es daño, no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa, (nexo causal), de los concretos actos que se aducen y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial, no debiéndose olvidar tampoco que el RD 830/1985 fue publicado y entró en vigor el día 6-6-1985, en tanto que el Tratado fue suscrito pocos días después, el 12 de iguales mes y año".

adquirido respecto a la preferencia arancelaria²³. Por todo lo cual, el Tribunal reconoce la procedencia de la pretensión indemnizatoria y fija un sistema para la estimación de la cuantía indemnizatoria²⁴.

C. EL DEVENIR DE LAS EPC EN LA EUROPA COMUNITARIA: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

La ampliación por parte de la Comunidad de su zona económica exclusiva a 200 millas acordada por el Consejo de Ministros comunitario de 3 de noviembre de 1976 afectó de manera especial a los pescadores españoles. Los caladeros en los que éstos tradicionalmente faenaban -mayoritariamente vascos en la costa francesa y gallegos en el sur del Reino Unido y oeste de Irlanda- quedaron bajo la soberanía de los Estados miembros integrantes de la misma. A partir de ese momento y pese a los difíciles acuerdos a los que España llega con la CEE comienza un proceso constante de reducción de licencias y de expulsión progresiva de la flota española de los caladeros comunitarios.

Debido a esta situación se inicia la *aventura* de la EPC fundamentalmente en el Reino Unido -donde junto a su legislación permisiva²⁵ se unieron las altas cuotas de pesca que le correspondieron tras el establecimiento del sistema comunitario de cuotas- e Irlanda, hasta ese momento flexible en cuanto a los requisitos para poder pescar con cargo a sus cuotas.

El éxito que alcanzaron estas empresas hicieron que aquellos primeros y tímidos intentos de instalación fueran sustituidos por un desembarco relativamente masivo de empresas, lo que hace reaccionar a las autoridades y a la opinión pública británica para frenar a esta nueva "Armada Invencible". A partir de este momento se hacen patentes los claros intentos de expulsión de estos buques y de estas sociedades españolas a las que se le achaca la práctica pirata del *quota hopping*, del saqueo de sus cuotas

²³ Pues, "parece que también puede afirmarse la existencia, no de meras expectativas, sino de verdaderos derechos adquiridos para alcanzar los beneficios establecidos, pues los cupos exentos, aunque se fijan anualmente por la Dirección General de Ordenación Pesquera, han de señalarse atendiendo al '... pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos por empresas pesqueras españolas a las compañías que hayan constituido' (art.3.c) del D. 2517/1976 y del RD 830/1985), lo cual quiere decir en realidad, que las aludidas empresas españolas eran portadoras no ya sólo como decíamos de intereses patrimoniales legítimos, sino también de un derecho, en cuanto lo tienen acreditado para disfrutar del correspondiente cupo, sea en mayor o menor medida, con interdicción, desde luego, de toda arbitrariedad y aunque haya de fijarse preceptivamente todos los años...". Cfr., el FJ 4º. Vid., también el fundamento constitucional y legal de la indemnización en el fundamento jurídico 2º de la sentencia.

²⁴ Este queda de la forma que sigue: 1) la cantidad principal viene dada por la suma total de los derechos aduaneros efectivamente satisfechos desde el uno de enero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1992, en razón de las importaciones de pescado provenientes de la actividad de las EPC en las que participaba Pescanova, sociedad actora; 2) se toma como referencia el cupo exento reconocido a dichas empresas en 1986 y dentro del cual hubieran tenido cabida las importaciones a cuyos derechos aduaneros se refiere el apartado anterior; 3) la cantidad resultante será actualizada desde la fecha del pago de los derechos aduaneros hasta la efectiva fecha de abono aplicando el tipo de interés básico del Banco de España en cada momento vigente. Cfr., FJ 6º *in fine*.

²⁵ Según la Merchant Shipping Act de 1894 se exigía únicamente, para la inscripción en un registro británico, que el buque fuera propiedad de un sujeto o de una sociedad constituida en el Reino Unido y con sede en este país. Cfr. J. JUSTE RUIZ, "El contencioso pesquero hispano-británico ante el TJCE", *RIE*, num.3, 1991, p.772, en nota.

nacionales²⁶. Se inicia, de esta forma, una intensa batalla jurídica respecto a las condiciones en que estas empresas podrían desarrollar su actividad y que obligó a pronunciarse en múltiples ocasiones al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Los pasos que marcan el proceso degenerativo de la situación en la que las EPC desarrollan su actividad se observan nítidamente desde la visión privilegiada que proporciona el estudio de la jurisprudencia comunitaria en los asuntos que afectaron y tuvieron por parte interesada a alguna de estas empresas, o en los recursos de incumplimiento instados por la Comisión contra las legislaciones nacionales que incidían en su desarrollo. Estudio que ahora se realiza desde una perspectiva más descriptiva, sin perjuicio de la posterior integración de esta jurisprudencia en los apartados del régimen jurídico en que aquélla sea de aplicación.

Este análisis vertical -de la jurisprudencia comunitaria- revela claramente el intenso "juego de gato y ratón" que mantuvieron las EPC españolas con los gobiernos del Reino Unido e Irlanda. Estos intentaron proteger sus cuotas exigiendo un vínculo económico real del buque con el entorno social y económico en que éste debe desarrollar su actividad. Se alegaba que las EPC que operaban en sus países no eran más, en ocasiones²⁷, que meras pantallas jurídicas que, al amparo de su flexible legislación, ejercían una actividad a la que no tenían derecho, perjudicando sus intereses nacionales al aprovecharse de las cuotas que le habían sido concedidas. Asimismo, el sentimiento de rechazo vino propiciado por la actitud depredadora de alguna de estas EPC. Sin embargo, la reacción para poner fin a las actividades de las mismas obedeció en algunos supuestos más a una actitud discriminatoria²⁸ o de apropiación de un negocio rentable -dado el elevado precio que alcanzaba el pescado en el mercado español caracterizado además por un alto consumo en productos marinos- que por la alegada protección de sus cuotas pesqueras.

Y es que no hay que olvidar dos aspectos ya subrayados por Iriarte²⁹. De un lado, que las EPC no nacieron para eludir el sistema de cuotas, sino para hacer frente a la extensión por parte de los Estados comunitarios de sus zonas exclusivas de pesca en las aguas atlánticas y también el hecho de que empresas del Reino Unido controladas por capitales españoles compraron pesqueros británicos junto con sus licencias, y, en estos últimos casos, el perjuicio para la cuota británica es totalmente inexistente, porque el barco ya faenaba respecto a esa cuota. El perjuicio alegado, por lo tanto, no era tan absoluto como se afirmaba.

Es necesario hacer constar que la vía seguida por estos Gobiernos para poner fin al saqueo de sus cuotas no fue conforme, en ocasiones, con el Derecho comunitario. Este Derecho permitía, en coherencia con la finalidad del sistema de cuotas, una legislación nacional que vinculase a los buques de pesca con las poblaciones locales e industrias afines tributarias de la pesca del país cuyo pabellón portaba aquél, siempre

²⁶ Esta reacción no es exclusiva del Reino Unido sino también de Irlanda e incluso de Francia.

²⁷ Es de justicia señalar también que las inversiones de las EPC españolas en el sector pesquero del Reino Unido e Irlanda fueron de una gran cuantía y que contribuyeron a promocionar el sector pesquero de estos países sumido en una profunda crisis.

²⁸ Vid., en este sentido a TOVIO NEIRA, *La situación de las sociedades...*, cit, p.146, quien pone el ejemplo de que en caso de apresamiento de buques pesqueros en Irlanda por incumplir las exigencias de composición comunitaria de la tripulación si éstos se declaraban inocentes la fianza que se le imponía era de 200.000 libras que doblaba en cuantía a la sanción que les podría corresponder si cometiesen el mayor ilícito pesquero.

²⁹ *Empresas pesqueras conjuntas y Derecho comunitario...*, cit, p.518.

que existiese una razonabilidad y proporcionalidad de tales medidas. La concreción de tal nexo se realizó por medio de exigencias tales como de descargas, de presencia periódica en puertos nacionales para repostar, avituallarse, las cuales evidenciaban ese nexo. Cuestión distinta, fue el intento de estos Gobiernos de proteger sus recursos por una vía indirecta como era la de exigir una nueva matriculación de sus buques pesqueros. Los requisitos impuestos para la inscripción estaban más orientados a excluir por razón misma de la nacionalidad que para asegurar la vinculación del barco con las cuotas nacionales, afectando de esta forma al derecho de establecimiento reconocido como una libertad fundamental sobre la que se asienta la Comunidad³⁰. Así, se desprende de la jurisprudencia comunitaria que seguidamente se estudia.

Las sucesivas modificaciones en la legislación pesquera del Reino Unido e Irlanda y su aplicación práctica han sido impugnadas por parte de EPC españolas toda vez que la finalidad de esos cambios legislativos estaba directamente destinada a evitar el desarrollo y las actividades de estas empresas. Estas disposiciones surgían del intento de evitar la actividad de la flota "anglo-española" por lo que se acuñó la expresión del vínculo económico real entre la embarcación y la bandera que porta para distinguir los buques genuinamente nacionales de aquellos que usaban pabellón de esos países como mera pantalla de licitud para pescar en unas aguas a las que por su carácter de españoles no tenían derecho y que no tenían conexión alguna con su sector pesquero.

Este es el trasfondo de varias resoluciones del TJCE surgidas como consecuencia de varias cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales británicos en el seno de procedimientos que tenían como parte interesada a sociedades de capital mayoritariamente español. Estas sociedades impugnaban las condiciones impuestas por el Ministro del ramo para la concesión de licencias pesqueras, al no poderlas cumplir.

Sobre este sustrato común el TJCE tuvo que decidir acerca de la validez de determinados requisitos a los que se sujetaba el otorgamiento de las licencias requeridas para pescar con cargo a las cuotas del Reino Unido. Previamente al análisis de cada uno de los supuestos planteados en las cuestiones prejudiciales el Tribunal realizó unas consideraciones de orden general, derivadas del Derecho comunitario vigente. Esta doctrina se repite en las sentencias *Jaderow* y *Agegate*³¹ dada la existencia de una misma finalidad presente en la legislación controvertida y de un mismo contexto.

³⁰ El derecho de establecimiento se define en el artículo 58 p 2º del Tratado de la CEE, donde se dice que: "la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente sociedades, tal y como se definen en el párrafo segundo del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales". Como señala IRIARTE ANGEL "es consustancial a la libertad de establecimiento el derecho a constituir y gestionar empresas, lo cual significa que un Estado comunitario no puede impedir a los nacionales de otro Estado comunitario el crear empresas en su territorio más que en los supuestos específicamente previstos en el propio Derecho comunitario. Sin embargo, ninguno de estos parece darse aquí; ya que la actividad afectada no puede ser exceptuada por motivos de orden público, seguridad pública y salud pública, ni es una actividad pública que participa en el ejercicio de la autoridad pública. Por otra parte en el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas no se contienen ningún período transitorio que limita temporalmente la constitución de empresas pesqueras por parte de los españoles en los demás Estados de la Comunidad". Cfr., *Empresas pesqueras conjuntas y Derecho comunitario*, cit., p. 516. Sobre el Derecho de establecimiento, vid., M. LÓPEZ ESCUDERO, "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios" en *Derecho comunitario. Presente y perspectivas*. Dir. F.J. ARROYO FIESTAS, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 15-54

³¹ Sentencias de 14 de diciembre de 1989, *Agegate* (As.C-3/87, Rec.1989 p.4459), y *Jaderow* (As.C-216/87, Rec.1989 p.4509).

En primer lugar, se destaca el principio de nacionalidad que rige en el aprovechamiento de las cuotas pesqueras. El legislador comunitario -se dice (§17 *Jaderow*, §16 *Agegate*)- atribuye las cuotas nacionales a los buques pesqueros que enarbolan pabellón de cada Estado miembro o que están matriculados en él y que son los únicos que pueden pescar con cargo a sus cuotas. Seguidamente, se reconoce la competencia nacional para determinar las modalidades de utilización de estas cuotas, matizada, esta competencia, por la proyección genérica del Derecho comunitario. Textualmente se afirma:

"en el ejercicio de la competencia que les ha sido atribuida para determinar las modalidades de utilización de sus cuotas, los Estados miembros pueden establecer qué buques de su flota pesquera serán admitidos a pescar con cargo a sus cuotas nacionales, a condición de que los criterios utilizados sean compatibles con el Derecho comunitario"³².

En ambas sentencias, también, el Tribunal adelanta *ad exemplum*, una serie de requisitos a los que se puede supeditar estas licencias³³.

Enmarcada, entonces, la cuestión común a ambos procedimientos -esto es, las condiciones a las que se puede supeditar el otorgamiento de cuotas nacionales- se procede al análisis de los supuestos controvertidos, unos referidos a las condiciones de explotación del buque y otros a las que debe cumplir su tripulación.

a'. Condiciones de explotación del buque

Ante la cuestión planteada por los Tribunales internos, el TJCE examina la validez comunitaria de la premisa principal de la que parte la legislación del Reino Unido, respecto a la exigencia de un vínculo económico real. Se pronuncia, pues, sobre la admisibilidad de los requisitos³⁴ que pretenden asegurar ese vínculo de los barcos como elemento determinante para pescar con cargo a sus cuotas nacionales³⁵.

³² Cfr., § 18 *Jaderow* y §17 *Agegate*.

³³ Se dice: "Los Estados miembros pueden supeditar la admisión de buques pesqueros a pescar con cargo a sus cuotas nacionales al cumplimiento de determinados requisitos en relación, por ejemplo, con las dimensiones, los años o el estado del buque, sus equipos, el número de pescadores a bordo, las condiciones de estancia y manutención de la tripulación en el interior del buque, y las cuestiones sanitarias y de seguridad, en la medida en que dichos requisitos no se rijan exclusivamente por la normativa comunitaria". cfr., §19 *Jaderow* y §18 *Agegate*.

³⁴ Los requisitos introducidos en la legislación del Reino Unido para la concesión de licencias, y que serán analizadas en la sentencia *Jaderow*, en relación con la explotación de los buques son:

"El buque deberá ejercer sus actividades partiendo del Reino Unido, la Isla de Man o las Islas del Canal. Sin perjuicio del carácter general de este requisito, se considerará que un buque lo cumple en el ejercicio de sus actividades si respecto a cada semestre de año natural (por ejemplo de enero a junio y de julio a diciembre): a) al menos un 50%, en peso, del pescado al que se refiere la presente licencia o cualquier otra licencia en vigor durante el período en que se trate, desembarcado o transbordado por el buque, haya sido desembarcado y vendido en el Reino Unido, en la Isla de Man o en las Islas del Canal o transbordado, mediando compraventa, dentro de los límites pesqueros británicos (British Fisheries Limits), o bien b) se aporte la prueba, por otra parte, de que el buque ha estado presente en un puerto del Reino Unido, de la Isla de Man o de las Islas del Canal en cuatro ocasiones al menos con intervalos de quince días como mínimo".

³⁵ Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional nacional quedaron resumidas por el TJCE de la forma que sigue: I. Se opone el Derecho comunitario a que un Estado miembro, para permitir que uno de sus buques pesque con cargo a las cuotas de pesca nacionales: a) imponga requisitos dirigidos a asegurar que el buque tenga un "vínculo económico real" con el Estado miembro de que se trata, b) imponga, para asegurar la existencia de tal vínculo, el requisito de que el buque ejerza sus actividades "desde el territorio" de dicho Estado miembro, c) estime que se considerará satisfecho este requisito si se prueba que cada semestre de cada año (por ejemplo, de enero a junio y de julio a diciembre): -un 50% en

El TJCE considera justificada la exigencia a los buques pesqueros de un vínculo económico real del barco con el Estado de su pabellón. Esta obligación deriva de la propia finalidad del sistema comunitario de reparto de los recursos pesqueros disponibles, es decir, del régimen de cuotas. El establecimiento de este sistema de cuotas debe responder, en forma resumida, al contenido de una doble exigencia. De un lado, garantizar el mantenimiento de aquellas actividades pesqueras de carácter tradicional, y con ello de las poblaciones y de las industrias especialmente dependientes de la pesca. Y, de otro, permitir una reestructuración y adaptación de las flotas nacionales al nivel de recursos disponibles a fin de lograr una mejor aplicación de las medidas de conservación³⁶.

La finalidad última de las cuotas es, entonces, "garantizar a cada Estado miembro una parte del Tac comunitario, determinada esencialmente en función de las capturas, de las cuales las actividades pesqueras tradicionales, las poblaciones locales dependientes de la pesca y las industrias afines de dicho Estado miembro disfrutaron antes de la creación del régimen de cuotas"³⁷.

En función de lo expuesto, las medidas y disposiciones nacionales que impidan -a determinados buques bajo su pabellón- la pesca con cargo a sus propias cuotas nacionales "sólo están justificadas si son aptas y necesarias para el objetivo de las cuotas"³⁸. Se permite, por lo tanto:

"la existencia de requisitos que tengan por objeto asegurar un vínculo económico real entre el buque y el Estado miembro de que se trata, por cuanto tales requisitos tienden a que se beneficien de las cuotas las poblaciones que viven de la pesca, así como las industrias conexas. Por el contrario, cualquier exigencia de un vínculo económico que supere este ámbito no puede justificarse mediante el régimen de cuotas nacionales"³⁹.

Lo que subyace, en definitiva, en el fondo de este pronunciamiento es la intención de evitar un desarraigo del buque y el país del pabellón que porta y con cargo a cuyas cuotas pesca. De ahí, que se procure imponer unos lazos de unión entre el barco y el tejido industrial y de población que, en tierra, depende de la actividad de aquél. Se busca una complementariedad necesaria entre el buque que, no se olvide, pesca con arreglo a unas cuotas concedidas en función de una previa actividad pesquera tradicional y de las necesidades de las regiones y de las industrias dependientes de la pesca, y los elementos que justifican la concesión de aquéllas. Bajo este prisma se analizan las condiciones destinadas a conseguir un vínculo económico real, entendido

peso, del pescado capturado con cargo a la cuota es desembarcado y vendido en el territorio de dicho Estado miembro o, -el buque ha estado presente en un puerto del referido Estado miembro al menos en cuatro ocasiones y con unos intervalos mínimos de quince días, d) ignore, al exigir el ejercicio desde su territorio y basarse, por tanto, en la mera presencia del buque, cualquier otro elemento que acredite la existencia de un vínculo económico real entre el buque y el Estado miembro de que se trata.

II. El respeto de la confianza legítima de los operadores que ejercían anteriormente actividades pesqueras ¿se opone a la exigencia de un nuevo requisito no previsto antes?

III. ¿Se opone el Derecho comunitario a la exigencia de un requisito como el contemplado más arriba, habida cuenta de su relación con los otros dos requisitos que constituyan el objeto del asunto C-3/87?

³⁶ Cfr., § 22 y 24 de la sentencia *Jaderow*.

³⁷ Cfr., §23 de la sentencia.

³⁸ Cfr., §25 de la sentencia.

³⁹ Cfr., §26 de la sentencia.

en sus justos términos, como conexión y relación entre la actividad pesquera del buque y las poblaciones e industrias afines que viven de la pesca, y con el país de su pabellón. En coherencia con este propósito se exige el cumplimiento de ciertos requisitos que garanticen la conexión aludida siempre que por su causa no se produzca un entorpecimiento de la actividad y vengán justificados por la finalidad de ese vínculo.

En conclusión, es conforme al Derecho comunitario la condición genérica de que el buque presente un nexo real con el Estado a quien se imputan las capturas que realice de especies sujetas a cuota. Los requisitos que los Estados miembros impongan para asegurar la exigencia de aquel vínculo deben ser conformes a tres principios que marcan su establecimiento. El de necesidad; el de aptitud o adecuación del requisito en cuestión con los objetivos del sistema de cuotas; y, finalmente, el de proporcionalidad, por cuanto dicho vínculo debe referirse únicamente "a las relaciones entre las actividades pesqueras de dicho buque y las poblaciones que viven de la pesca, así como las industrias conexas"⁴⁰.

A partir de estas condiciones de orden general se examinan las obligaciones a las que se supedita el otorgamiento de las licencias ceñidos en la sentencia *Jaderow* a los requisitos de explotación del buque y, concretamente, a los criterios de operar partiendo desde puertos nacionales y del desembarque de sus capturas y presencia regular en los mismos.

Respecto al primero, la obligación de que el buque desarrolle sus actividades partiendo de puerto nacional, se estima conforme a la finalidad de las cuotas y, por consiguiente, compatible con el Derecho comunitario siempre que se interprete como una exigencia de habitualidad y no como una obligación absoluta de partir de puerto nacional en cada expedición de pesca⁴¹.

Un enfoque distinto, si bien conectado con el anterior, son las cuestiones referentes al desembarque parcial de las capturas -pescadas con cargo a las cuotas nacionales- y de la presencia periódica del buque en puertos nacionales. Para el TJCE no son requisitos propiamente dichos, sino medios válidos de prueba y demostración del vínculo económico real con las poblaciones e industrias que viven de la pesca, conforme a la finalidad del régimen de cuotas nacionales. Esta matización, para las EPC, no presenta una relevancia favorecedora de sus intereses pues permite la aplicación en la práctica de esta legislación.

Ahora bien, la condición del desembarque de las capturas, o de una parte de las mismas, debe complementarse con otras pruebas que no conlleven, directa o indirectamente, la obligación absoluta de desembarcar las capturas en puertos nacionales. Respecto a la periodicidad de la presencia de un buque en un puerto nacional ésta no puede obstaculizar el ejercicio de una actividad pesquera normal ni implicar de hecho el necesario desembarco de una parte de las capturas durante sus escalas en dicho puertos.

En este aspecto, y en las propias palabras del TJCE:

"el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro, como prueba de que se cumple el requisito del ejercicio de las actividades del buque partiendo de los puertos nacionales, sólo admita el desembarque de una parte determinada de las capturas, o una presencia periódica determinada del buque en los puertos nacionales, a condición de que la periodicidad requerida para la presencia del buque en dichos puertos

⁴⁰ Cfr., §27 de la sentencia.

⁴¹ Cfr., §28 y 29 de la sentencia.

no imponga directa ni indirectamente una obligación de desembarcar sus capturas en los puertos nacionales, ni obstaculice el ejercicio de una actividad pesquera normal"⁴².

Otro punto importante que se trata en esta sentencia es la no aplicación en este ámbito del principio de confianza legítima. Este principio no impide la introducción o modificación de los requisitos nacionales para la concesión de licencias para pescar con cargo a las cuotas nacionales, dado el carácter evolutivo de la reglamentación pesquera sometida a inestabilidad y a cambios continuos de situación⁴³.

Una cuestión que el Tribunal evita pronunciarse rotundamente es la relativa al bloqueo que se podía producir por la exigencia conjunta de las condiciones relativas a la tripulación y de las referentes a la actividad de los buques. El TJCE parte de que examinada la compatibilidad de dichos requisitos -considerada también la exigencia de composición de las tripulaciones que es objeto de la sentencia *Agegate*- con el Derecho comunitario no es necesario pronunciarse sobre tal cuestión. Es decir, ello significa que el Tribunal excluye condenar a priori el posible efecto acumulativo de las condiciones establecidas por el Reino Unido, en la convicción (quizás demasiado optimista) de que el escrutinio individual de su respectiva compatibilidad con el Derecho comunitario -en las condiciones fijadas por él- habrá de resolver cumplidamente el problema en cualquier caso⁴⁴.

Dentro de este mismo proceso de reservar las cuotas pesqueras correspondientes a cada Estado miembro a los nacionales del mismo y excluir por tanto, a otros nacionales comunitarios, sobre todo españoles que operaban a través de las EPC, de su aprovechamiento, se enmarcan las modificaciones introducidas en la legislación irlandesa⁴⁵. Esta nueva legislación obliga a los nacionales de los demás Estados miembros, a diferencia de los nacionales irlandeses, a constituir una sociedad irlandesa para obtener tanto una licencia de pesca como para matricular un buque pesquero por lo que infringe el artículo 52 del Tratado de la CEE. Por ello, la Comisión inicia un recurso por incumplimiento contra Irlanda aunque referido únicamente a los requisitos de obtención de una licencia de pesca y no a los de matriculación.

Son dos los argumentos empleados para justificar la adecuación a Derecho comunitario de las medidas adoptadas por el gobierno irlandés con el claro propósito de evitar el *quota hopping*. El primero consiste en la negación de la existencia misma de discriminación en las medidas adoptadas, mientras que, subsidiariamente, ante la poca rotundidad del anterior, y en relación dialéctica con el mismo, se justifica la posible discriminación en base a factores objetivos que aparentemente pueden tener acomodo en la legislación comunitaria, tales como las exigencias del régimen comunitario de

⁴² Cfr. § 41 de la sentencia.

⁴³ Vid., § 45 y 47 de la sentencia.

⁴⁴ Cfr., JUSTE RUIZ, *El contencioso hispano...*, cit., p.784.

⁴⁵ Estos cambios los introduce el artículo 2 de la Fisheries (Amendment) Act 1983 que incluye en la Fisheries (Consolidation) Act el artículo 222 B. Este artículo dispone que un buque de pesca marítima matriculado en Irlanda sólo puede ser utilizado para la pesca marítima, sea en la zona de pesca exclusiva de Irlanda o en cualquier otro lugar, si es titular de una licencia expedida por el Ministro competente. En la letra a) del apartado 4 del artículo 222 B se dispone: "El Ministro sólo concederá la licencia con arreglo al presente artículo si el buque de pesca para el cual se concede la misma pertenece íntegramente a un ciudadano irlandés o a una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación del Estado y sujeta a la misma, que tenga su establecimiento principal (principal place of business) en el Estado". Más adelante esta misma ley de modificación de la ley de pesca anterior supedita cualquier nueva matriculación de un buque de pesca en el registro irlandés a la posesión de una licencia expedida por el Ministro de pesca conforme a ese artículo 222 B. Cfr., el punto I del informe para la vista de la sentencia de 4 de octubre de 1991, As. C-93/89, *Comisión c. Irlanda*, Rec. 1991, p.I-4569.

cuotas y de la vinculación necesaria de esos barcos al país de su pabellón, otorgando a estos presupuestos el carácter de "orden público" habilitador de distinciones de trato entre los nacionales comunitarios.

Se pretende negar, en primer lugar, la misma existencia de la discriminación alegando que la legislación controvertida se aplica a todos los buques pesqueros matriculados o sometidos a la obligación de matricularse en Irlanda y que, por ello, no se impide el establecimiento en Irlanda a los propietarios de buques de pesca matriculados en otros Estados miembros para que, desde puertos irlandeses, exploten sus barcos. No obstante, este argumento no es válido dado que la discriminación existe, tal y como se evidencia en un diferente tratamiento, no entre buques matriculados en otros Estados miembros, sino entre nacionales irlandeses propietarios de un buque de pesca matriculado en Irlanda y nacionales de los demás Estados miembros, propietarios igualmente de un buque de pesca matriculado en Irlanda.

En este sentido es concluyente el Tribunal al sentenciar literalmente:

"Dicha diferencia de trato constituye una discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito del derecho de establecimiento, prohibida por el artículo 52 del Tratado"⁴⁶.

Respecto a su posible justificación con arreglo al régimen comunitario de cuotas de pesca ésta se asienta en la intención irlandesa de proteger sus cuotas pesqueras frente al saqueo al que son sometidas, lo cual, implícitamente lleva aparejado la admisión del carácter discriminatorio de esta legislación. Se alega este motivo como de "orden público" lo que lo acomodaría al Derecho comunitario⁴⁷, si bien el Tribunal, con apoyo en su jurisprudencia, señala su falta de adecuación al orden jurídico de la Comunidad pues "las licencias previstas en la disposición nacional controvertida, al no referirse específicamente a especies sujetas a cuota, no tienen por objeto establecer las modalidades de utilización de las cuotas, sino autorizar el ejercicio de la pesca en general por parte de cualquier buque de pesca matriculado en Irlanda. Por consiguiente, sean cuales fueran los objetivos perseguidos por el legislador nacional, dicha disposición no puede justificarse por la existencia del régimen comunitario de cuotas nacionales"⁴⁸.

En virtud de todo lo expuesto se falla en contra de Irlanda por ser contrario al artículo 52 del Tratado la exigencia de que constituyan los nacionales de los demás Estados miembros una sociedad irlandesa para poder obtener una licencia de pesca marítima.

b'. Condiciones de la tripulación

Siguiendo un orden cronológico, el primer asunto sometido a la consideración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que tenía a una EPC por parte fue el relativo a la modificación de la legislación irlandesa de pesca y la exigencia introducida por ésta de la necesidad de licencia para que los barcos pesqueros matriculados en Irlanda pudiesen desarrollar su actividad cualquiera que fuera el lugar

⁴⁶ Cfr., § 11 de la sentencia.

⁴⁷ Vid., el artículo 52 y el comentario al mismo supra.

⁴⁸ Cfr., § 14 de la sentencia. El Abogado General Mischo había rechazado igualmente la argumentación irlandesa de justificar esta legislación en base al sistema comunitario de cuotas, al considerar este requisito como desproporcionado en relación con al finalidad de aquél sistema. Cfr., Rec. p.1-4578

donde la realizasen⁴⁹. El problema surgía cuando para conseguir su otorgamiento se imponían determinados requisitos de muy difícil cumplimiento para las EPC españolas al exigir que la tripulación de los referidos buques estuviese compuesta, al menos, de un 75 por ciento de nacionales de países miembros de la CEE, teniendo en cuenta que en esa época España no estaba integrada en la Comunidad⁵⁰.

Precisamente, y por aplicación de esta legislación, un pesquero español⁵¹, fue apresado por patrulleras irlandesas por incumplir los requisitos de composición de la tripulación. En el procedimiento penal contra el capitán del buque se argumentaron dos cuestiones que serán objeto de una cuestión prejudicial relativas al alcance de la competencia comunitaria y al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

El Tribunal reconoció una competencia nacional para adoptar una legislación que incidiese en la tripulación de los buques pesqueros. Para llegar a esa conclusión el TJCE parte de examinar los requisitos controvertidos desde el prisma de la política estructural de la pesca, en la que hace albergar las medidas de regulación del ejercicio de esta actividad, y no desde la política de conservación de los recursos.

Esta ubicación presenta una gran relevancia competencial pues en este último apartado la competencia nacional está muy limitada. La causa que justifica esta ubicación se sitúa en que una normativa nacional que exige que las tripulaciones de los barcos de pesca del Estado miembro de que se trate estén compuestas en una proporción mínima por nacionales de la CEE "no guarda relación ni por su objeto ni por su finalidad con las medidas destinadas a la conservación de los recursos haliéuticos y no puede tener incidencia sobre dichos recursos la aplicación de tal medida, considerada en sí misma"⁵², lo cual tiene el importante efecto de no ser de aplicación al presente caso las limitaciones a la intervención nacional existentes en el ámbito de la política comunitaria de conservación de los recursos pesqueros⁵³.

⁴⁹ Vid., la sentencia del TJCE de 19 de enero de 1988, *Pesca Valentia*, As.223/86, Rec.1988, p.83 y ss.

⁵⁰ Distinto es el caso de la exigencia contenida en el Code du Travail de Francia según la cual el personal de un barco (también pesquero) debe presentar una proporción determinada de nacionales franceses. Esta condición fue declarada contraria al Derecho comunitario pese a la existencia de instrucciones administrativas verbales de equiparar a los nacionales de los demás Estados miembros como franceses. Posteriormente, Francia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado al no haber ejecutado debidamente esta sentencia y limitarse a adoptar una circular administrativa que contiene instrucciones de no aplicar la ley nacional criticada. Vid., la sentencia de 4 de abril de 1974, *Comisión c. Francia*, As. 167/73, Rec.1974 p.359, y la sentencia de 7 de marzo de 1996, As. C-334/94, *Comisión c. Francia*, Rec.1996 p.1-1307.

⁵¹ Se trataba del Monte Marín, perteneciente a la empresa Pesca Valentia Limited, de capital mayoritariamente español, el 74 por ciento.

⁵² Cfr. § 11 de la sentencia, que asume en este punto la argumentación del Abogado General Mischo, según la cual en estas medidas no estaba latente una preocupación conservacionista de los recursos pesqueros. La legislación irlandesa "no va dirigida a proteger las especies de pescado (este objetivo se alcanza mediante la fijación de cuotas y medidas técnicas de conservación), sino a asegurar un nivel de vida equitativo a los nacionales de los Estados miembros que viven de la pesca en el mar". La consecuencia de tal encuadramiento supone que "ni el artículo 102 del Acta de adhesión [se refiere al Acta de adhesión de 1972 de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido] ni la jurisprudencia del Tribunal, que consagran la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de conservación de los recursos pesqueros son de aplicación al presente caso". Cfr., sus Conclusiones, puntos 44 y 45. Rec. p. 99.

⁵³ Incluso asentando estas medida en la política de conservación podrían considerarse compatibles con el Derecho comunitario, a tenor del apartado segundo del artículo 5 del Reglamento (CEE) num.170/83, que atribuía a los Estados miembros la facultad de determinar, de acuerdo con las disposiciones comunitarias aplicables, las modalidades de utilización de las cuotas que les hayan sido concedidas.

Centrada la cuestión en el sector de estructuras, la intervención de la Comunidad no tenía un carácter excluyente. En este momento ésta se desarrollaba conforme al Reglamento (CEE) num.101/76 del Consejo, de 19 de enero de 1976, que no sólo no impedía la intervención de los Estados miembros, sino que la responsabilidad principal en la intervención de esta política les correspondía a ellos, quedando reducido el papel de la Comunidad a una labor de coordinación de las acciones estatales.

Siguiendo esas exigencias del reglamento citado, -resumidas en la necesidad de un desarrollo racional de la actividad pesquera y de garantía de un nivel de vida equitativo de los pescadores-, los Estados miembros mantienen todavía -en ese momento- competencias de forma que podían aplicar su propio régimen de ejercicio de la pesca en las aguas marítimas sujetas a su soberanía o jurisdicción y definir su política de estructuras en dicho sector. Procede observar, además, que las disposiciones del reglamento se referían a barcos de pesca con bandera o matriculados en un Estado miembro, dejando la definición de dichos conceptos a las legislaciones nacionales⁵⁴. Lo anterior conduce a aceptar la competencia de Irlanda en la adopción de esta nueva regulación de las licencias pesqueras.

Menores problemas suscita la cuestión de discriminación por razón de nacionalidad. Las condiciones de nacionalidad que debían reunir las tripulaciones de los barcos de pesca afectaban negativamente a determinadas empresas irlandesas que resultaban perjudicadas respecto a sus competidores de otros Estados miembros donde no se exigían. No se consideraba que existiese una vulneración del contenido del artículo 7 del Tratado (actualmente número seis) debido a que el mismo no se refiere a las distorsiones que las diferentes legislaciones de los Estados miembros puedan causar a personas y empresas. En el asunto sujeto a enjuiciamiento se resalta el carácter objetivo de dicha legislación y su aplicación, tanto con perjuicios como con beneficios, a las propias empresas irlandesas, lo que descarta cualquier posibilidad de discriminación por causa de nacionalidad. Este precepto permite, además, que los Estados miembros apliquen disposiciones más rigurosas que las que apliquen en la misma materia otros Estados también comunitarios, siempre que sean conformes con el Derecho comunitario y se apliquen de igual modo a cualquier persona sujeta a la jurisdicción de dicho Estado⁵⁵.

Por todo ello, se declaró la plena compatibilidad comunitaria de las exigencias irlandesas para el otorgamiento de licencias. Lo cual no era de extrañar debido a la ausencia de una sólida argumentación jurídica para impugnar estas medidas con apoyo en el Derecho comunitario -al no ser España un país miembro de la Comunidad- y no oponerse estas medidas al sentir comunitario de reducción del esfuerzo pesquero, máxime cuando los efectos restrictivos de esta legislación iban a afectar a una flota sobredimensionada, temida y no comunitaria como era la española.

Por su parte, en la sentencia *Agegate* se somete a la consideración del TJCE la otra cara de la legislación del Reino Unido destinada a garantizar el vínculo económico real de los buques pesqueros matriculados en dicho país. Es decir, para garantizar el nexo de unión entre el buque y el país al que pertenece, se exigen requisitos que no sólo afectan a las actividades del buque sino también, lo que es más gravoso y difícil de cumplir, de la tripulación enrolada en el mismo⁵⁶, dificultando enormemente la actividad de estas EPC. Hay que recordar que esta exigencia no es nueva pues ya en la sentencia

⁵⁴ Cfr., § 13 y 14, de la sentencia.

⁵⁵ Cfr., §18 de la sentencia.

⁵⁶ Así, los requisitos relativos a la tripulación del buque pesquero se referían a que:

Pesca Valentia se admitió explícitamente la conformidad al orden jurídico comunitario del requisito de que la composición de la tripulación fuera mayoritariamente de procedencia de un Estado miembro de la Comunidad. Tras la Adhesión de España este requisito quedaba salvado y la imposición de esta condición nueva perjudicó notablemente a estas empresas deteriorando la situación en la que desempeñaban su actividad pesquera⁵⁷.

Esta cuestión de la nacionalidad ya fue resuelta en la propia jurisprudencia del TJCE en la sentencia *Pesca Valentia* respecto a la exigencia de la composición de los tripulaciones por nacionales de la Comunidad, y su conformidad al Derecho comunitario. Cuestión distinta es la condición de que resida en tierra de dicho Estado miembro el 75 por ciento de la tripulación. El TJCE no la considera justificada desde el punto de vista de la finalidad del régimen comunitario de cuotas nacionales⁵⁸ y la declara contraria al Derecho comunitario⁵⁹.

Por último, se trata la imposición de que el capitán y toda la tripulación coticen al régimen de seguridad social propio del Estado miembro. No se considera contraria al Derecho comunitario siempre y cuando se respeten los contenidos de éste en la materia de seguridad social. En ese momento se establecía que la persona que ejerciese su actividad profesional a bordo de un buque que enarbolase pabellón de un Estado comunitario debía sujetarse a la legislación de ese Estado.

Es necesario subrayar que a pesar de la peculiaridad tradicional española del salario de los pescadores a la parte y su carácter aleatorio no impide que tengan la

"al menos el 75% de la tripulación debe estar integrado por ciudadanos británicos o nacionales de la CEE (excluidos, hasta el 1 de enero de 1988, todos los nacionales griegos y, hasta el 1 de enero de 1993, todos los nacionales españoles o portugueses, excepto los cónyuges o los hijos menores de 21 años de trabajadores griegos, españoles o portugueses ya instalados en el Reino Unido, conforme a las medidas transitorias relativas a la libre circulación de los trabajadores a raíz de la Adhesión de Grecia, España y Portugal a las Comunidades Europeas, establecidas en las Actas de Adhesión respectivas) que residan habitualmente en el Reino Unido, la Isla de Man o las Islas del Canal; residencia significa residencia en tierra y, a tal efecto, el servicio a bordo de un buque británico no equivale a residencia en el Reino Unido, en la Isla de Man o en las Islas del Canal.

El capitán y toda la tripulación deberán cotizar al régimen de seguridad social del Reino Unido o a sistemas equivalentes de la Isla de Man o de las Islas del Canal: ello incluiría las cotizaciones al régimen de trabajadores por cuenta propia de la clase I, de la categoría especial marineros, de la clase 2 o de la clase 4".

⁵⁷ Las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional nacional se resumieron así por el TJCE: I. Se opone el Derecho comunitario a que un Estado miembro exija como requisito de admisión de uno de sus buques a pescar con cargo a sus cuotas de pesca que: a) el 75% de la tripulación del buque sea nacional de los Estados miembros de la Comunidad, y b) resida en tierra de dicho Estado miembro y que c) el capitán y toda la tripulación coticen al régimen de seguridad social del referido Estado miembro. II. ¿Permiten los artículos 55 y 56 del acta de Adhesión de 1985 excluir de ese 75%, hasta el 1 de enero de 1993, a los miembros españoles de la tripulación retribuidos a la parte? III. ¿Pueden invocar los interesados ante los Tribunales nacionales las disposiciones del Derecho comunitario que se oponen a las exigencias de los citados requisitos?

⁵⁸ Vid., §22 y 25. Respecto a la finalidad de las cuotas §24.

⁵⁹ Se aparta aquí el TJCE del criterio del Abogado General Mischo quien admitía la validez del requisito de la residencia. Su argumentación se sustentaba sobre una doble base. En primer lugar, de equiparación en el cumplimiento de este requisito, pues consideraba que la condición de residencia era indistintamente aplicable tanto a los nacionales del Estado miembro de que se trata, como a los de otros Estados miembros. Cfr., §57 de sus argumentaciones.

El segundo elemento de justificación tomaba como referencia precisamente la finalidad de las cuotas. Si éstas han sido establecidas para proteger los intereses de las poblaciones locales dependientes de la pesca puede exigirse, entonces, que las tripulaciones de los buques que pescan con cargo a cuotas estén constituidas en su mayoría por personas que residan normalmente en el litoral del país de que se trate. Esta última precisión la consideraba implícita y derivada del propio régimen de residencia. Vid., las Conclusiones de este mismo Abogado General en la sentencia *Factortame II* en la que se reitera esa interpretación. Rec. p.1-3951.

condición propia de trabajadores⁶⁰. A estos pescadores le son de aplicación las limitaciones contenidas en el artículo 55 y 56 del Acta de Adhesión de España, y por tanto quedan excluidos, hasta el 1 de enero de 1993, del cómputo del 75 por ciento de nacionales comunitarios de la tripulación de dichos buques, sin que, en ningún caso, la legislación de los Estados dictada con posterioridad al Acta de Adhesión de 1985, pueda agravar la situación de los trabajadores españoles. Lo expuesto provoca que la nueva normativa "no afecte a los nacionales españoles ya empleados como trabajadores, en el momento de la Adhesión, en el territorio británico o a bordo de un buque británico, cuando la relación laboral tenga un nexo de unión suficientemente estrecho con dicho territorio"⁶¹.

Finalmente, la sentencia reitera la plena eficacia directa del Derecho comunitario y, por ello, la posibilidad misma de invocación de este Derecho por parte de los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

En este mismo ámbito el TJCE también se pronunció⁶² sobre las exigencias irlandesas impuestas a los buques británicos dentro de su zona de pesca respecto a la composición de la tripulación y residencia en tierra del Reino Unido. Tales medidas imponían una determinada proporción de nacionales comunitarios excluidos en ese momento los españoles (también griegos y portugueses) para poder pescar, desembarcar o transbordar sus capturas los barcos matriculados en el Reino Unido⁶³.

Esta regulación no puede justificarse desde el punto de vista del Derecho comunitario al ir frontalmente contra las disposiciones del mismo, como se verá seguidamente individualizando los requisitos de esta legislación.

Así, en primer lugar, respecto a la prohibición de pescar vulnera el contenido del artículo 2.1 del Reglamento (CEE) num.101/76 por el que se establece una política común de estructuras en el sector de la pesca. Constatado el choque entre ambas disposiciones el Tribunal concluye:

"L'interdiction de pêche, faite à certains navires battant pavillon britannique, constitue une entrave à l'égalité d'accès et d'exploitation des fonds de pêche dans les eaux maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction des États membres, consacrée par l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 101/76 du Conseil"⁶⁴.

Si se centra la atención sobre la prohibición de desembarco y transbordo ésta es contraria al orden jurídico de la Comunidad pues si el pabellón del barco define el origen de la pesca capturada por el buque, cualquiera que fuera el lugar de su captura, el desembarco de pescado en Irlanda a partir de un buque británico debe ser considerado como una importación procedente de este país y, en consecuencia, los obstáculos a esta operación constituyen un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado

⁶⁰ Se discutía si los pescadores a la parte poseían la condición, de acuerdo con el Derecho comunitario, de trabajadores o prestatarios de servicios, por lo que no le serían de aplicación, en caso de esta última condición, las limitaciones establecidas a aquéllos en el Acta de Adhesión de España.

⁶¹ Cfr., § 41 de la sentencia.

⁶² Sentencia de 2 de diciembre de 1992. As. C-280/89, *Comisión v. Irlanda*, Rec.1992 p.I-6185.

⁶³ Estas medidas se justificaban desde Irlanda en el sentido de que "Considerando que bajo una ley británica se exige a los buques de este pabellón, para poder pescar o transbordar en sus aguas o descargar en puertos británicos, que al menos el setentaicinco por ciento de la tripulación sean británicos o nacionales de algún Estado miembro de la CEE, considero necesario que esta legislación sea también aplicada en aguas de Irlanda, para los buques que operan con bandera británica". Cfr. TOVIO NEIRA, p. 142.

⁶⁴ Cfr., § 11 de la sentencia.

que proscribire toda práctica contraria a la libre circulación de las mercancías⁶⁵.

Con un calado distinto Irlanda presenta en su defensa un abanico de argumentos que serán rechazados en su totalidad por el Tribunal; así, alega la aprobación por la Comisión de la reglamentación irlandesa preexistente, que sería idéntica a la controvertida; compatibilidad con el Derecho comunitario de una condición de nacionalidad, similar a la objeto de conflicto, impuesta a los buques británicos; la misma finalidad de la regulación litigiosa, y la conformidad de esta legislación con el Derecho internacional público, sin que el Tribunal en la desestimación de estas argumentaciones introduzca nuevos elementos de razonamiento a la ya expuestos en sentencias anteriores.

c'. Condiciones de matriculación de buques pesqueros: las sentencias *Factortame*

El punto culminante en el proceso degenerativo de las condiciones en las que desarrollan su actividad las EPC viene constituido por la promulgación en el Reino Unido de un nuevo régimen legal respecto a la matriculación de los buques pesqueros británicos⁶⁶.

A la hora de estudiar esta importante sentencia es necesario distinguir tres aspectos íntimamente vinculados pero con consideraciones distintas. El primero se refiere a la suspensión cautelar del contenido de esta legislación y que supone un notorio avance y consolidación de la eficacia directa del Derecho comunitario a costa del derecho nacional, que en este caso no lo permitía. Igual avance supone la declaración de responsabilidad de los Estados miembros por el incumplimiento del Derecho comunitario, como ocurre en la sentencia *Factortame III*.

Ambos pronunciamientos, respecto a las condiciones de protección jurisdiccional mediante medidas provisionales y de exigencia de responsabilidad a los Estados miembros por violar el Derecho comunitario son clara manifestación del principio de primacía de este derecho supranacional sobre los derechos internos.

Finalmente, y más vinculado al contenido propio de este comentario se trata la resolución de la cuestión de fondo, de compatibilidad entre estas nuevas exigencias para la matriculación de buques con el orden jurídico comunitario⁶⁷.

⁶⁵ Esta medida también era contraria al artículo 27 p.2º del Reglamento (CEE) num.3796/81 que garantiza a todos los buques de pesca comunitarios la igualdad de acceso a los puertos e instalaciones portuarias de todos los buques con pabellón de un país miembro de la Comunidad. No obstante, el Tribunal, ante la constatada violación del Tratado, no se pronuncia sobre este claro incumplimiento.

⁶⁶ Esta nueva legislación modificaba el anterior sistema, a través de la parte II de la Merchant Shipping Act de 1988 y por las Merchant Shipping (Registration of fishing Vessels) Regulations de 1988. Cfr., el punto 2 del Informe para la vista de esta sentencia.

⁶⁷ La trascendencia de esta sentencia tanto en lo que afecta a las cuestiones cautelares como a las de fondo fue ampliamente estudiada en la doctrina española; así, vid., los comentarios de E. GARCIA DE ENTERRIA, "El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho comunitario europeo". "Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español, La sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en Derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares". "La sentencia *Factortame II* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 1991, sobre el fondo de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la Merchant Shipping Act de 1988, inglesa, de reserva de pesca: Derecho estatal de abanderamiento de buques y libertad de establecimiento según el Derecho comunitario", en *REDA*, num.63, 64, 67, 73, respectivamente, en la misma revista num.66, A. JIMENEZ BLANCO, "De nuevo sobre el

a) Los antecedentes de esta sentencia se pueden resumir de la siguiente forma. La nueva legislación británica impone un nuevo registro en el que debían inscribirse todos los buques de pesca británicos, incluso los que ya lo estuvieran conforme a la anterior ley de 1894. Para realizar la inscripción, era necesario cumplir nuevos requisitos negándose el acceso registral a aquellos buques que no cumplieren las condiciones establecidas en el artículo 14 de esta ley de 1988. De esta forma quedaban excluidos 95 buques que no cumplían al menos uno de los requisitos. Las exigencias de esta nueva reglamentación estaban redactadas en los siguientes términos:

Los dos primeros apartados del artículo 14 dicen así:

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4, un buque de pesca únicamente puede ser matriculado en el Registro de buques pesqueros británicos si cumple los requisitos siguientes: a) el buque debe ser propiedad británica; b) debe ser explotado y sus actividades dirigidas y controladas desde el Reino Unido, y c) los fletadores, responsables de la explotación o armadores del buque deben ser personas o sociedades cualificadas.

2. A efectos de la letra a) del apartado 1, un buque de pesca únicamente es propiedad británica si: a) los titulares de la propiedad nominal (legal ownership) del buque son exclusivamente una o varias personas o sociedades cualificadas y si b) los titulares de la propiedad efectiva (beneficial ownership) del buque son: i) en lo que respecta al menos al porcentaje aplicable de los derechos de propiedad sobre el buque, una o varias personas cualificadas, o ii) en su totalidad una o varias sociedades cualificadas, o iii) una o varias sociedades cualificadas y, en lo que respecta al menos al porcentaje aplicable de los otros derechos de propiedad sobre el buque, al menos una o varias personas cualificadas."

El apartado 7 del artículo 14 dispone lo siguiente: "7. A efectos del presente artículo, se entenderá por sociedad cualificada una sociedad que reúna los requisitos siguientes: a) estar constituida en el Reino Unido y tener allí su centro de actividades (principal place of business); b) al menos el porcentaje aplicable de su capital social (considerado en su totalidad) y de cada categoría de sus participaciones en el capital debe tener por propietarios, en calidad de legal ownership y de beneficial ownership, a una o varias personas o sociedades cualificadas y c) al menos el porcentaje aplicable de sus administradores debe estar compuesto por personas cualificadas; se entenderá por personas cualificadas: a) los nacionales británicos con residencia y domicilio en el Reino Unido, o b) las colectividades locales del Reino Unido, y se entenderá por el porcentaje aplicable el 75 % o un porcentaje superior (hasta el 100 %) que puede señalarse"⁶⁸.

Por último, destacar que el apartado 4 del artículo 14 permite al Ministro de Transportes establecer excepciones al requisito de la nacionalidad, en favor de un particular, teniendo en cuenta la duración del período durante el cual dicho particular

asunto Factortame". También JUSTE RUIZ, *El contencioso pesquero...*, cit, p.785 y ss. IRIARTE ANGEL, *Empresas pesqueras conjuntas y Derecho comunitario...*, cit. MANTECA VALDELANDE, *El contencioso de las empresas pesqueras conjuntas hispano-británicas...*, cit. "La iniciativa de las empresas conjuntas: la Merchant Shipping Act", *La política pesquera de Galicia en el contexto comunitario*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1983, p. 189. Vid., la sentencia del TJCE de 26 de noviembre de 1996, As.C-68/95, *T. Port GmbH*, sobre el papel de los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de adoptar medidas provisionales, todavía no publicada en el Recueil.

⁶⁸ Cfr., punto I Antecedentes del litigio principal, del informe para la vista presentado en esta sentencia.

haya residido en el Reino Unido y haya participado en las actividades pesqueras en ese país.

b) La concesión de medidas provisionales: La sentencia *Factortame I*.

La eficacia de las nuevas medidas suponía la imposibilidad de faenar y la paralización total de un gran número de barcos. Ante los evidentes perjuicios que ello suponía⁶⁹, incrementados por la naturaleza de que los armadores eran mayoritariamente pequeños empresarios y que los tripulantes enrolados recibían un salario a la parte según las capturas de cada marea, se solicitó la suspensión cautelar de las disposiciones de la Merchant Shipping Act.

En las actuaciones seguidas ante los órganos jurisdiccionales nacionales el otorgamiento de medidas cautelares fue estimada en primera instancia por la High Court of Justice, Queen's Bench Division por lo que se permitía el mantenimiento de las condiciones de registro de buques establecidas con arreglo a la anterior ley de 1894. Sin embargo, esta resolución relativa a las medidas provisionales fue impugnada ante la Court of Appeal quien sostuvo que, por las disposiciones propias de la Constitución británica, los órganos jurisdiccionales británicos estaban privados de la competencia para suspender provisionalmente la aplicación de las leyes, si bien permitió que esta cuestión se sometiese a la consideración de la House of Lords.

Este último órgano aún reconociendo expresamente lo irreparable del perjuicio que se causaría sino se concedían las medidas provisionales y luego fuese estimado el recurso principal, consideró la imposibilidad, *ex Common Law*, de otorgar estas medidas cautelares y declaró que no podían concederse medidas provisionales contra la Corona⁷⁰. Ahora bien, ante la duda de si, por aplicación del Derecho comunitario, tenían competencia para proteger provisionalmente derechos que una parte pudiese tener en virtud de ese Derecho y cuya existencia aún no era cierta, consideró pertinente plantear una cuestión prejudicial cuyo elemento clave era si por virtud del Derecho comunitario el órgano jurisdiccional nacional estaba obligado a conceder tales medidas provisionales de protección de los derechos invocados o, en cambio, si confiere a este órgano jurisdiccional la facultad de conceder dichas medidas provisionales⁷¹.

La resolución a estas cuestiones, ante la expresa petición en este sentido de la House of Lords, tuvo un trato prioritario por el TJCE quien en sentencia de 19 de junio de 1990⁷² entendió literalmente que:

"la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario conceder las medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el juez, que en esas circunstancias,

⁶⁹ Para los armadores afectados esta regulación conllevaba la necesidad de amarrar o vender los buques a nacionales británicos en condiciones desastrosas, todo ello sumado a la imposibilidad, según el Derecho civil británico, de exigir indemnizaciones por esta situación mediante acciones instadas contra las autoridades británicas. Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema de los poderes...*, cit.

⁷⁰ Vid., más ampliamente GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema de los poderes del juez...*, cit, p.419.

⁷¹ Vid., el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 10 de octubre de 1989, As.246/89 R, Rec. 1989 p.3125. Según esta Resolución hasta la decisión sobre el asunto principal se suspendía la aplicación de los requisitos de nacionalidad -y no, los de residencia o domicilio- previstos en las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 14 de la Merchant Shipping Act de 1988 en relación con los apartados 2 y 7 de dicho artículo, con respecto a los nacionales de otros Estados miembros y para los buques de pesca que, hasta el 31 de marzo de 1989, faenaron bajo pabellón británico y con licencia de pesca británica.

⁷² Sentencia de 19 de junio de 1990, As.C-213/89, *Factortame I*, Rec.1990, p.I-2433 y ss.

concedería medidas provisionales se opusiese a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma". \$21

Por todo ello fallaba:

"El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que está conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales".

No obstante, y en el presente caso las medidas cautelares no fueron suficientes pues además del amarre forzoso de la flota afectada durante el período de tramitación de las mismas se unió el hecho de que éstas únicamente tomaron en consideración el requisito de nacionalidad y no el de residencia, lo cual permitió, mediante una interpretación restrictiva del concepto de domicilio, la aplicación en la práctica de aquélla legislación⁷³.

b) La responsabilidad de los Estados miembros: la sentencia *Factortame III*

Otro capítulo importante de las repercusiones de la Merchant Shipping Act se refiere a la responsabilidad de las autoridades nacionales por violación del Derecho comunitario. Este es, precisamente, el asunto del que se ocupa la sentencia de 5 de marzo de 1996 (As. acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur, Factortame III*)⁷⁴. Si en la sentencia *Factortame I* se sentaron las bases de la jurisprudencia comunitaria en materia de justicia cautelar, de aseguramiento provisional de los derechos que los particulares pudieran ostentar en virtud del Derecho comunitario, ahora en la sentencia *Factortame III* se trata de consolidar una doctrina anterior⁷⁵. En efecto, partiendo del principio establecido en la sentencia *Francovich*⁷⁶ -según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares

⁷³ Esta jurisprudencia ha sido confirmada en sentencias posteriores. Vid., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictadas en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)", *REDA* num.88, 1995, p. 565 y ss.

⁷⁴ Vid., los comentarios a la misma de D. SIMON, "La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire. La jurisprudence *Brasserie du pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas...*", en *AJDA* num.7-8, 1996, p. 489 y ss. L. DUBOIS, "La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté (à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame, affaires jointes C-46/93 et C-48/93*, en *Revue Française de Droit Administratif*, num.3, 1996, p. 583 y ss. J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, "El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario. Evolución jurisprudencial reciente." *RIE* num.2, 1996, p. 505 y ss.

⁷⁵ Por su parte, en el As. C-46/93, *Brasserie du pêcheur*, los hechos eran los siguientes. Una sociedad francesa con ese nombre se vio obligada a fines de 1981, a interrumpir sus exportaciones de cerveza a Alemania debido a que las autoridades alemanas consideraban que la cerveza fabricada por dicha sociedad no era conforme a la Ley de pureza de la cerveza consagrada en los artículos 9 y 10 de la Ley de 14 de marzo de 1952 del impuesto sobre la cerveza. El TJCE en sentencia de 12 de marzo de 1987 declaró incompatible con el artículo 30 del Tratado la prohibición de comercializar cerveza que no se ajustara a los referidos preceptos de la legislación alemana, importada de otros Estados miembros. *Brasserie du pêcheur* demandó a la República Federal de Alemania exigiendo la indemnización de los perjuicios sufridos entre 1981 y 1987 por esta restricción de importaciones.

⁷⁶ Cfr., la sentencia de 19 de noviembre de 1991, As. C-6 y 9/90, *Francovich y Bonifaci*, Rec. 1991 p. I-5357.

por violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables⁷⁷- se aplica este principio a la hora de enjuiciar los efectos negativos ocasionados por la legislación británica por si son constitutivos de responsabilidad⁷⁸.

De esta sentencia, que da respuesta a las cuestiones prejudiciales presentadas por dos tribunales, uno alemán y otro británico, se extraen los siguientes principios:

- La indiferencia de las normas internas de reparto entre los poderes constitucionales respecto a la obligación de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario. El Tribunal contesta así a la pregunta de los órganos jurisdiccionales internos de si el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a indemnizar los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional. En definitiva, el principio general de responsabilidad existente por esta causa es independiente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento.

- El derecho a la reparación se impone independientemente de la cuestión de saber si la norma en cuestión es susceptible de producir o no un efecto directo. El derecho que tienen los particulares de invocar ante los órganos judiciales nacionales las disposiciones directamente aplicables del Tratado sólo constituye una garantía mínima y no puede garantizar el pleno disfrute de aquéllos ni evitar tampoco los perjuicios que la violación del Derecho comunitario por los Estados miembros le ocasione. En estos casos "el derecho a la reparación constituye el corolario necesario al efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado".

- Se produce también una afirmación plena de la competencia del TJCE para el conocimiento de la existencia y extensión de la responsabilidad del Estado por daños derivados del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. Para el Tribunal esta materia se refiere a la interpretación del Tratado que, como tal, es de su competencia.

Otro bloque de cuestiones se refiere a los requisitos necesarios para que exista la responsabilidad del Estado a causa de actos y omisiones del legislador nacional contrarios al Derecho comunitario. En este ámbito al existir un margen de apreciación amplio en el que el legislador nacional dispone de opciones normativas, las condiciones de la responsabilidad son las siguientes:

- La norma de Derecho comunitario violada debe tener por objeto conferir derechos a los particulares.

- Que la violación "esté suficientemente caracterizada".

- Debe existir una relación de causalidad directa entre la violación y el perjuicio sufrido por los particulares.

Sobre estos criterios el órgano jurisdiccional nacional debe determinar la existencia de la responsabilidad. El TJCE, no obstante, adelanta ya que, de un lado, en el asunto controvertido los artículos 30 y 52 del Tratado confieren tal tipo de derechos;

⁷⁷ Vid., la sentencia de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*, As.C-178, C-179, C-188, C-189 y C-190/94, no publicada todavía en el Recueil.

⁷⁸ Vid., J. GEIGER "La responsabilidad de los Estados por violación del Convenio Europeo de Derechos humanos y del Derecho comunitario" en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, cit. p. 8855 y ss, en relación con el Derecho comunitario p. 866-893. En esta misma obra vid., E. GUICHOT, "La responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea", p. 895-930.

de otro, enuncia una serie de elementos para valorar la caracterización de la infracción. Así, el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada; la amplitud del margen de apreciación que permite la norma a las autoridades nacionales; el carácter intencional o voluntario de la infracción o el 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; y, también, la adopción o el mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. Por su parte, el tercer requisito corresponde determinarlo a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Determinadas las condiciones que caracterizan la violación del Derecho comunitario otros elementos como la existencia de culpa⁷⁹ o que una sentencia anterior del TJCE haya declarado el incumplimiento⁸⁰ no supeditan la reparación del daño. Con arreglo al ordenamiento comunitario, el derecho a la indemnización existe desde el momento en que se cumplen los requisitos antes indicados.

Si se cumplen las condiciones señaladas y se concluye con la existencia del perjuicio se produce una remisión al derecho nacional en materia de responsabilidad para reparar las consecuencias del daño causado. Esta remisión, sin embargo, no es incondicionada. Deben cumplirse los principios de "equivalencia jurisdiccional" y el de "efectividad mínima". Así, "los requisitos fijados en 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 difícil⁸¹ obtener la indemnización"⁸².

⁷⁹ El parámetro que determina la responsabilidad es que exista una infracción "suficientemente caracterizada". La noción de culpa puede vincularse a alguno de los elementos que, según el TJCE, determinan aquel tipo de infracción, pero no adquiere las notas de un elemento autónomo. Lo determinante no es la existencia de culpa sino que se den las circunstancias que caracterizan el incumplimiento del Estado.

⁸⁰ Como afirma el TJCE "supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras que el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado y de una condena por parte del Tribunal de Justicia".

⁸¹ Así el Tribunal pone de ejemplo que el eventual requisito del 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- que puede hacer prácticamente imposible la obtención de la reparación de los daños resultantes de la violación del Derecho comunitario cuando éste sea imputable al legislador nacional.

⁸² En este ámbito de determinar la cuantía material de la reparación el principio es que la reparación de los daños causados por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos. Los criterios que determinan la cuantía corresponde establecerlos al juez nacional cumpliendo los requisitos que caracterizan la remisión (esta remisión permitió -en el ámbito del Derecho inglés- reclamar, además, una indemnización adicional por los daños y perjuicios disuasorios, *exemplary damages*).

Para determinar el perjuicio indemnizable un criterio que propone el TJCE es el de atender a la diligencia del perjudicado para evitar el perjuicio o reducir su importancia y, en especial, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. Los daños imputables a los Estados miembros tampoco pueden limitarse únicamente a los sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del TJCE en la que se declare el incumplimiento del Estado miembro.

c) Sobre el fondo del asunto, sentencia *Factortame II*

Para una mejor y más adecuada comprensión de las importantes cuestiones prejudiciales⁸³ a las que debe dar respuesta el TJCE es preferible mantener el orden de tratamiento propio de esta resolución a la hora de realizar un estudio sobre la misma⁸⁴.

El primer punto sobre el que debe pronunciarse el Tribunal es sobre el Derecho comunitario y la competencia nacional para la matriculación de buques. Delimitar, entonces, la competencia estatal en orden a la matriculación de buques pesqueros es de especial relevancia en el presente caso. Lo que se discute no son tanto las condiciones que rigen la matriculación de los buques sino su eficacia instrumental de acceso al ejercicio de la actividad pesquera por parte de los buques que deban matricularse.

El Reino Unido intentó justificar la legitimidad comunitaria de estas medidas con base en la pervivencia de una pretendida competencia estatal en la fijación de las condiciones de matriculación de sus buques, tal y como fue reconocido en la sentencia *Pesca Valentia*. Se alega que, a tenor del Derecho Internacional Público corresponde a cada Estado, en uso de su soberanía, la determinación de las condiciones de abanderamiento de los buques, a fin de evitar los pabellones de conveniencia⁸⁵.

⁸³ Las cuestiones prejudiciales sobre las que el TJCE se pronunció fueron las siguientes:

Primera cuestión. ¿Tiene alguna incidencia el Derecho comunitario sobre los requisitos fijados por un Estado miembro en las disposiciones que éste adopte para determinar qué buques pueden matricularse legalmente en ese Estado, llevar su bandera y tener su nacionalidad?

Segunda cuestión (resumida según el propio Tribunal). "1) El Derecho comunitario y especialmente los principios de la libertad de establecimiento, de no discriminación por razón de la nacionalidad y proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro exija como requisitos de matriculación de un buque de pesca en su registro nacional que:

a) los propietarios (legal owners y beneficial owners), fletadores, armadores del buque sean nacionales de ese Estado miembro o sociedades constituidas en dicho Estado y que, en este último caso, por lo menos el 75 % del capital social esté en manos de nacionales de ese Estado miembro o de sociedades que reúnan los mismos requisitos y que el 75 % de los administradores de esa sociedad sean nacionales de dicho Estado miembro;

b) esos propietarios (legal owners y beneficial owners), fletadores, armadores, accionistas y administradores, según el caso, tengan su residencia y domicilio en ese Estado miembro;

c) el buque sea explotado y sus actividades dirigidas y controladas desde el territorio de ese Estado miembro?"

2) La respuesta a la cuestión que figura en el anterior punto 1, ¿es diferente cuando se prevé la posibilidad de establecer excepciones, en favor de un particular, al requisito de la nacionalidad, habida cuenta de la duración del período durante el que haya residido en ese Estado miembro y participado en las actividades de la industria pesquera de dicho Estado?"

Tercera cuestión. ¿Es diferente la respuesta a la segunda cuestión cuando hay cuotas de capturas nacionales atribuidas a los Estados miembros con arreglo a la política común en materia de pesca?"

Cuarta cuestión. ¿Son diferentes las respuestas a la cuestión segunda y tercera cuando la aplicación de la disposición que se trata tiene por objeto y por efecto que varios buques pesqueros que, inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor de esa disposición, estaban debidamente matriculados en el Estado miembro en cuestión y habrían sido autorizados por éste para pescar, y que, en gran parte, eran propiedad efectiva (beneficial ownership) de nacionales de otro Estado miembro, con residencia y domicilio en este último, ya no reúnen los requisitos previstos para llevar la bandera del primer Estado miembro, de modo que dejen de cumplir los requisitos necesarios para pescar imputando las capturas a las cuotas atribuidas al primer Estado miembro bajo el régimen de la política común en materia de pesca, a menos que la propiedad y la explotación de los buques se transfieran a nacionales del primer Estado miembro, que residen y tengan su domicilio en el mismo, con arreglo a lo que prevé dicha disposición?"

⁸⁴ Sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame II*, As. C-221/89, Rec.1991 p.I-3905.

⁸⁵ Con este fin se recuerda el apartado 1º del artículo 5 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el alta mar cuando dice: "Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su

Si bien este argumento tiene parte de verdad, se debe matizar en el sentido de que tras la incorporación a la Comunidad las competencias que mantienen los Estados miembros están condicionadas por la necesidad de ejercerlas conforme al Derecho comunitario. También, se resalta que ese intento de evitar las banderas de conveniencia se compagina mal con la exigencia de cumplir esos requisitos únicamente a los buques pesqueros y no a la totalidad de barcos bajo pabellón británico⁸⁶. Como concluye el TJCE en este punto, la remisión al Derecho Internacional Público no "podría tener valor más que si las exigencias del Derecho comunitario relativas al ejercicio por parte de los Estados miembros de sus competencias propias en materia de matrícula de barcos se encontrasen en conflicto con las reglas del Derecho Internacional"⁸⁷.

Más adelante, y respondiendo ya a la segunda cuestión prejudicial planteada, se subdivide en tres diferentes apartados a partir de los cuales el Tribunal centra sus consideraciones.

En primer lugar, y en relación con los requisitos referentes a la nacionalidad, una cuestión previa es la de delimitar si, respecto a las condiciones de matriculación de los buques, deben regir las normas relativas a la libertad de establecimiento al entender la Comisión que la matriculación de un buque constituye por sí misma un acto de establecimiento. Por tanto, es necesario clarificar previamente el concepto comunitario de establecimiento al enjuiciar el TJCE los requisitos exigidos por la legislación controvertida a la luz de este concepto. Se entiende por establecimiento "el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada"⁸⁸. Con ello ya se invalida parcialmente el argumento de la Comisión al no constituir la matriculación un acto de establecimiento cuando el buque no se destina al ejercicio de una actividad económica, o cuando la persona a la que interesa la matriculación no está establecida en el Estado de que se trate y no va a establecerse en él. Ahora bien, fuera de estos supuestos extremos, cuando un buque pesquero se destina al ejercicio de la actividad económica que le es propia y lo hace mediante la instalación en otro Estado miembro sí le afectan las normas propias de la libertad de establecimiento recogidas en el artículo 52 y siguientes del Tratado. La aplicación de este precepto y también del artículo 221 del Tratado impiden la compatibilidad con el Derecho comunitario de los requisitos de nacionalidad exigidos para las personas físicas que sean propietarios o fletadores de un buque, y en caso de sociedades, para quienes poseen su capital social y para sus administradores⁸⁹.

nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscritos en su territorio en un registro y tengan el derecho a enarbolar su bandera. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque; en particular, el Estado ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su actividad sobre los buques que enarbolan su pabellón, en los aspectos técnico, administrativo y social".

⁸⁶ En relación con la vinculación real de un buque con el Estado de su pabellón y las banderas de conveniencia, vid., IRIARTE ANGEL, *Empresas pesqueras conjuntas y Derecho comunitario*, cit, p. 522 y la bibliografía que allí se cita.

⁸⁷ Cfr., §16 de la sentencia.

⁸⁸ Cfr., §20 de la sentencia. Sobre la conformidad con el Derecho comunitario de la legislación española sobre marina mercante cuando se reservan a nacionales españoles el primer y el segundo puesto a bordo (capitán o primer oficial cuando sustituya al capitán), vid., la respuesta de la Comisión (97/C 83/76) DO C 83, de 14 de marzo de 1997, p. 53-54.

⁸⁹ Cfr., §30 de la sentencia.

En segundo término, respecto a las exigencias de residencia y de domicilio de los propietarios, fletadores y armadores del buque y, en el caso de una sociedad, sus accionistas y administradores, éstas no se justifican, según el TJCE, por los derechos y obligaciones que crea la concesión de una bandera nacional a un buque. Su aplicación conlleva una discriminación por razón de la nacionalidad en cuanto, a diferencia de los nacionales propios de ese país, los nacionales de los demás países deben desplazar su residencia y domicilio a ese país con el fin de cumplir las condiciones exigidas por lo que estos requisitos son contrarios al artículo 52 del Tratado.

Finalmente se tratan las condiciones de explotación, dirección y control del buque desde el territorio del Estado miembro. El Tribunal considera que el concepto de establecimiento, anteriormente definido, exige el cumplimiento de esta condición pues, como afirma el Abogado General en sus conclusiones, "no puede haber 'establecimiento sin establecimiento'⁹⁰". Luego, implica una instalación permanente; eso sí, esta exigencia no es contraria a que la instalación se materialice por medio de un establecimiento secundario que reciba órdenes de un centro principal de decisiones situado en otro Estado miembro.

Concluye esta sentencia respondiendo el TJCE a las dos últimas cuestiones prejudiciales planteadas señalando que la posibilidad de excluir el cumplimiento de las condiciones de nacionalidad por el Ministro competente del Estado miembro no subsana ni justifica las exigencias anteriores disconformes con el Derecho comunitario. De igual forma, el régimen de cuotas de pesca y sus finalidades no legitiman la reglamentación litigiosa porque los requisitos de matriculación de los buques no constituyen medidas de gestión de las cuotas nacionales, ni evidencian una vinculación de las actividades pesqueras del buque con las poblaciones locales e industrias que viven de la pesca y, en consecuencia, no sirven para justificar el anterior sistema de matriculación declarado incompatible con el Derecho comunitario.

d) El recurso por incumplimiento del Derecho comunitario.

El cambio de la legislación del Reino Unido sobre los requisitos de matriculación de los buques de pesca por medio de la Merchant Shipping Act provocó -además de las cuestiones procesales, de responsabilidad de los Estados miembros y de fondo, objeto de los anteriores pronunciamientos jurisdiccionales del TJCE- un recurso de la Comisión contra el Reino Unido por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en aplicación de los artículos 7, 52, 221 del Tratado CEE. Desde una perspectiva crítica, es rechazable que únicamente se cuestionan los requisitos referentes a la nacionalidad de las personas físicas o jurídicas de que se trata⁹¹, y no a los otros aspectos controvertidos⁹².

⁹⁰ Cfr., § 58 de sus conclusiones.

⁹¹ Vid., la sentencia de 4 de octubre de 1991. As.C-246/89, *Comisión c. Reino Unido*, Rec. 1991, p.I-4585.

⁹² En este mismo ámbito de la matriculación de buques -aunque con un carácter general y no referido únicamente a pesqueros- la República Francesa ha sido condenada por mantener en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, que reservan el derecho a matricular un buque en el registro nacional y a enarbolar el pabellón francés a buques que pertenezcan en más de un cincuenta por ciento a personas físicas de nacionalidad francesa, a personas jurídicas cuyos directivos, administradores o gerentes sean en una determinada proporción de nacionalidad francesa o cuyo capital social, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, comanditaria simple, colectiva o civil, pertenezca en más de un cincuenta por ciento a franceses o en su totalidad a nacionales franceses que cumplan determinados requisitos. Cfr., sentencia de 7 de marzo de 1996, As. C-334/94, *Comisión c. Francia*.

En relación con el artículo 7, en este punto el Tribunal recuerda su jurisprudencia según la cual este precepto "estaba destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación"⁹³, y que "el principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, establecido por el artículo 7 del Tratado, ha sido aplicado por el artículo 52 del Tratado en el ámbito concreto que regula este mismo artículo y que, por consiguiente, cualquier normativa que sea incompatible con esta disposición lo es también con el artículo 7 del Tratado"⁹⁴.

Por lo tanto, el punto clave es si realmente existe un incumplimiento del artículo 52, pues el mismo conlleva, según esa jurisprudencia, como efecto derivado el incumplimiento del artículo 7 del Tratado CEE.

Los mismos elementos empleados en la sentencia *Factortame* en relación a la compatibilidad de aquella reglamentación con el ordenamiento comunitario, son reproducidos en la que nos ocupa ahora, siendo igual el resultado de improcedencia y rechazo a la que llega el Tribunal. Por ello:

"Los requisitos de nacionalidad controvertidos, según los cuales las personas físicas que sean propietarios o fletadores de un buque y, en el caso de una sociedad, quienes posean su capital social y sus administradores deben tener la nacionalidad británico, son contrarios al artículo 52 del Tratado"⁹⁵.

De igual forma, los requisitos británicos de nacionalidad en lo que se refiere al control de las sociedades cualificadas son discriminatorias para los nacionales de los demás Estados miembros cuando éstos deseen comprar participaciones de sociedades que posean, fleten, administren o exploten buques de pesca británicos, y son, por tanto, contrarios al artículo 221 del Tratado⁹⁶.

Se evidencia, por ello, el choque frontal de esta legislación con el Derecho comunitario sin que aquélla pueda justificarse por el régimen de cuotas de pesca comunitario debido a que, si bien es conforme al ordenamiento de la Comunidad la exigencia de un vínculo económico real del buque con el Estado que lo abandera, éste debe exigirse en relación con las actividades pesqueras del mismo añadiendo además que, dado que la matriculación de buques no tiene como objeto definir las modalidades de utilización de las cuotas, "cualquiera que sean los objetivos perseguidos por el legislador nacional, dicha legislación no puede estar justificada por la existencia de un régimen comunitario de cuotas nacionales"⁹⁷.

Seguidamente se incide en este argumento y así, frente a las alegaciones del Reino Unido de desvirtuación del mecanismo de reparto de las existencias pesqueras - establecido teniendo en cuenta "las preferencias de La Haya", respecto a la protección de las poblaciones costeras, si se permite que un nacional de un Estado miembro matricule su buque en otro Estado también miembro y por ello disfrute los mismos derechos de pesca que los nacionales de este último Estado miembro- el Tribunal razona que:

"Los regímenes invocados por el Reino Unido no se basan en la nacionalidad de las personas y no pueden, por tanto, servir de justificación para que no se aplique, en

⁹³ Cfr., §17 de la sentencia.

⁹⁴ Cfr., § 18 de la sentencia.

⁹⁵ Cfr., § 24 de la sentencia.

⁹⁶ Cfr., § 32 de la sentencia.

⁹⁷ Cfr., 36 de la sentencia.

materia de matriculación de buques de pesca, la prohibición de cualquier discriminación ejercida por razón de la nacionalidad⁹⁸.

Todo lo cual despeja ya cualquier duda de posible compatibilidad de los requisitos introducidos por la legislación británica con el sistema comunitario por lo que se declara en el fallo de la sentencia que el Reino Unido:

"Ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7, 52, 221 del Tratado CEE, al exigir como requisito de matriculación de un buque de pesca en su Registro nacional que los propietarios (los «legal owners» y, por lo menos hasta el 75 por ciento, los «beneficial owners», cuando estos últimos son personas físicas), fletadores y armadores del buque sean nacionales británicos o sociedades constituidas en el Reino Unido y que, en este último caso, por lo menos el 75 por ciento del capital social de cada una de esas sociedades esté en manos de nacionales británicos o de sociedades que reúnan los mismos requisitos, y que el 75 por ciento de los administradores de cada una de esas sociedades sean nacionales británicos".

C. REGLAMENTACIÓN ACTUAL

Actualmente, tras la derogación del Reglamento (CEE) num.4028/86, los únicos mecanismos de cooperación pesquera para el acceso de aguas no comunitarias bajo la soberanía de un tercer país en el marco de una empresa conjunta y con carácter permanente son las "sociedades mixtas", denominación que se reitera de nuevo. Su configuración actual repite lo ya introducido en la modificación del Reglamento (CEE) num.4028/86.

En el estado actual del Derecho comunitario son, pues, dos las figuras societarias existentes en este ámbito. En primer lugar, las denominadas "asociaciones temporales de empresas", entendiéndose por tales a toda asociación fundada mediante acuerdo contractual limitado en el tiempo entre armadores de la Comunidad y personas físicas o jurídicas de uno o varios países terceros con los cuales la Comunidad mantenga relaciones, con el fin de explotar y, eventualmente, aprovechar en común los recursos pesqueros del país o países terceros y repartir los costes, beneficios o pérdidas de la actividad económica emprendida conjuntamente, con la perspectiva de abastecer prioritariamente al mercado comunitario. El acuerdo contractual establecerá la captura y, en su caso, la transformación o comercialización de las especies correspondientes, así como el suministro de conocimientos técnicos o la transferencia de tecnología, siempre que estén relacionados con dichas operaciones.

Por su parte, la "sociedad mixta" se define formalmente⁹⁹ como aquella sociedad de derecho privado constituida por uno o varios armadores comunitarios y uno o varios socios de un país tercero creada en el marco de las relaciones formales entre la Comunidad y el país tercero y destinada a explotar y, en su caso, aprovechar los recursos pesqueros situados en aguas de ese país tercero o bajo su soberanía o jurisdicción, con la perspectiva de abastecer prioritariamente al mercado comunitario.

⁹⁸ Cfr., § 38 de la sentencia.

⁹⁹ Cfr., el Reglamento (CE) num.3699/93, de 21 de diciembre, (DO L 346 de 31 de diciembre de 1993 p.1) en su artículo 9 apartados 2 y 3. Es necesario, sin embargo, un reglamento de desarrollo que especifique y concrete los beneficios concedidos a estas empresas, si bien todo hace presumir que se seguirá el esquema anterior previsto para estas asociaciones. Vid., también el RD 798/1995, capítulos VIII y XIX que miméticamente transcriben dicho régimen al Derecho español.

Las sociedades así creadas pueden beneficiarse de ayudas por parte de los Estados miembros si cumplen ciertas condiciones¹⁰⁰.

Sin embargo, el sistema de fomento vigente basado en la concesión de una única ayuda¹⁰¹, como beneficio inmediato y coyuntural, momentáneo, no garantiza una previsión económica de la alta inversión que supone la aportación de buques a estas sociedades. No debe olvidarse que estas sociedades se constituyen en terceros países, algunas veces de carácter subdesarrollado y de incierta estabilidad política, lo que supone un grado muy elevado de riesgo en estas inversiones, todo ello agravado por el carácter irremediable de la aportación de los buques al no poder luego recuperarlos, si la sociedad fracasa, para pescar en aguas comunitarias¹⁰². También, y a pesar de la reiteración del abastecimiento prioritario del mercado comunitario, no se especifican los mecanismos para que esta prioridad sea efectiva, como fue en el caso español, una reducción arancelaria a las capturas de pescado de estas sociedades que entrasen en la Comunidad. Sistema éste que, sin duda, favorecería la creación de estas sociedades.

¹⁰⁰ Se establece en el Anexo III del Reglamento (CE) num.3699/93 que las acciones de apoyo deben referirse a buques de un arqueo superior a 25 TRB, registrados en un puerto de la Comunidad, con más de cinco años en activo bajo pabellón de un Estado miembro de la Comunidad y técnicamente apropiados para las operaciones de pesca previstas. No obstante, no se exige un período de actividad mínimo de cinco años a los buques registrados en un puerto de la Comunidad entre el 1 de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1990. Otro tipo de condiciones se refieren a que mientras dure la asociación temporal de empresas -que establecerá operaciones de pesca entre seis meses y un año- los buques correspondientes deberán enarbolar pabellón del Estado miembro de que se trate. En el caso de sociedades mixtas, y como antes se dijo, se produce la imposibilidad de volver a faenar en aguas comunitarias.

¹⁰¹ Según la actual reglamentación comunitaria las ayudas concedidas a las sociedades mixtas no podrán acumularse con otra ayuda comunitaria concedida al amparo de los reglamentos 4028/86, 2908/93, 3699/93. También de las mismas se les restará a prorrata el importe percibido previamente si disfrutaron una ayuda a la construcción en los diez años precedentes a la constitución de la sociedad mixta o, si la ayuda fuera por modernización o prima de asociación temporal de empresas, en los cinco años que precedieron a la constitución de la sociedad mixta. Cfr., el Anexo III punto 1.b del Reglamento (CE) num.3699/93, que desarrolla las condiciones a cumplir por estas sociedades.

¹⁰² Cfr., artículo 8 y el Anexo III, punto 1.2.a) in fine, Reglamento (CE) num.3699/93.