

EL RECURSO DE ANULACIÓN, LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE VALIDEZ Y LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD: ¿VÍAS COMPLEMENTARIAS O ALTERNATIVAS?

CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILA*

- I. LA CUESTIÓN PLANTEADA
- II. LA RESPUESTA DEL TJCE
 1. COMPLEMENTARIEDAD DE LOS MEDIOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD: PUEDEN EJERCERSE EN PARALELO
 2. CARÁCTER ALTERNATIVO DE LOS MEDIOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD: VENCIDO EL PLAZO DEL ARTÍCULO 230 DEL TRATADO CE, QUIEN PUDO HABER SOLICITADO DEL TJCE LA ANULACIÓN DE UN ACTO, PERO SE ABSTUVO DE HACERLO, NO PUEDE CUESTIONAR INCIDENTALMENTE SU VALIDEZ
 3. LA «TEORÍA DE LA INEXISTENCIA DEL ACTO» COMO FUNDAMENTO DEL ACCESO A LAS VÍAS DE CONTROL INCIDENTAL POR PARTE DE LOS LEGITIMADOS ACTIVOS DEL ARTÍCULO 230 DEL TRATADO CE
- III. CONSECUENCIAS DE LA RESPUESTA DEL TJCE
 1. GRADUACIÓN DE LOS VICIOS DEL ARTÍCULO 230 DEL TRATADO CE
 2. LOS ESTADOS MIEMBROS NO PODRÁN IMPUGNAR LA VALIDEZ DE LOS ACTOS VINCULANTES ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES
 3. LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PARTICULARES EN EL RECURSO DE ANULACIÓN PUEDE TENER UN PRECIO...

* Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Internacional Público (Universidad Autónoma de Madrid). La autora desea manifestar su agradecimiento a los profesores Javier Díez-Hochleitner y Francisco Velasco Caballero, ambos de la Universidad Autónoma de Madrid, por sus comentarios durante la elaboración de este trabajo.

IV. VALORACIÓN DE LA RESPUESTA DEL TJCE

1. A FAVOR DEL CARÁCTER ALTERNATIVO DEL RECURSO DE ANULACIÓN Y DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL CASO DE LAS DECISIONES INDIVIDUALES
2. A FAVOR DEL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DEL RECURSO DE ANULACIÓN Y DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL CASO DE LAS MEDIDAS DE ALCANCE GENERAL
3. RECHAZO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD CON RESPECTO AL RECURSO DE ANULACIÓN

V. CONCLUSIONES

I. LA CUESTIÓN PLANTEADA

Como de todos es sabido, el Tratado CE contempla tres mecanismos distintos que tienen por objeto controlar la legalidad de los actos que adoptan las instituciones comunitarias: el recurso de anulación (artículo 230), la cuestión prejudicial de validez (artículo 234) y la excepción de ilegalidad (artículo 241)¹. Como también es conocido, las referidas no son sólo las únicas vías previstas específicamente para este fin por el Tratado CE, sino, según resulta de la sentencia *Fotofrost*², las únicas vías posibles.

El recurso de anulación tiene un plazo de interposición de dos meses y puede tener por objeto cualquier acto de Derecho derivado que sea vinculante³. Tienen acceso a él: el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo y los Estados miembros, todos ellos «demandantes privilegiados»; el BCE y el Tribunal de Cuentas, que sólo pueden actuar en defensa de sus prerrogativas; y, los particulares, que pueden interponer el recurso de anulación únicamente contra las decisiones de las que sean destinatarios y contra cualquier otro acto vinculante que les afecte de manera directa e individual.

La cuestión prejudicial de validez, como la de interpretación, sólo puede ser planteada al TJCE por los órganos jurisdiccionales de los

¹ A los tres mecanismos referidos podría sumarse el recurso por responsabilidad extracontractual (artículo 235 del Tratado CE), pues aunque no tiene específicamente por objeto controlar la legalidad del Derecho derivado, sino declarar la responsabilidad de las instituciones por los daños que hayan podido ocasionar, en la medida en que la concurrencia de tal responsabilidad se supedita al carácter ilegal de la acción comunitaria que origina el perjuicio, la fundamentación de toda sentencia estimatoria contendrá necesariamente consideraciones relativas a la ilegalidad de la actuación de la institución demandada.

² STJCE de 22.10.1987, 314/85, *Rec.* pp. 4199 ss.

³ STJCE de 31.3.1971, as. *AETR*, 22/70, *Rec.* pp. 263 ss.

Estados miembros. Su objeto puede ser cualquier acto comunitario, vinculante o no vinculante, que el órgano jurisdiccional remitente debe aplicar para resolver el litigio que tiene pendiente ante sí⁴. Las dudas que mueven a un juez a plantear la cuestión pueden ser fruto de las alegaciones que en este sentido hayan hecho las partes o pueden haberle surgido a él de oficio. Se dice que la cuestión prejudicial no está sometida a plazo, porque por esta vía se puede controlar la validez de un acto sin importar cuándo fue aprobado, desde cuándo está vigente o cuándo se hizo público.

En cuanto a la excepción de ilegalidad, el artículo 241 del Tratado CE proclama que puede servirse de ella «cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un reglamento». A pesar del tenor literal de este precepto, el TJCE ha extendido su ámbito material de aplicación a todos los actos de alcance general⁵. Al igual que la cuestión prejudicial, la excepción de ilegalidad tampoco está sometida a plazo.

Un punto común a las tres vías descritas son los motivos de ilegalidad, que son los enumerados en el artículo 230 del Tratado CE: violación del Tratado, incompetencia, vicios sustanciales de forma y desviación de poder.

Habiendo recordado todos estos datos y teniendo presente que los ámbitos materiales de los tres procedimientos referidos son susceptibles de solaparse (un acto vinculante puede ser objeto de un recurso de anulación y de una cuestión prejudicial y si, además, tiene alcance general podrá igualmente ser objeto de una excepción de ilegalidad), lo que en el presente trabajo nos proponemos analizar es cuál es la relación que existe entre, por un lado, el recurso de anulación (como medio que

⁴ En relación con el distinto alcance del recurso de anulación y de la cuestión prejudicial de validez en cuanto a los actos objeto de uno y otro procedimiento (el primero sólo cubre actos obligatorios, mientras que el segundo se extiende asimismo a los no obligatorios), el TJCE ha sostenido: «a diferencia del artículo 173 del Tratado CEE [actual artículo 230 del Tratado CE], que excluye el control del Tribunal de Justicia sobre aquellos actos cuya naturaleza jurídica sea la de una recomendación, el artículo 177 [actual artículo 234] atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad sin excepción alguna» (STJCE de 13.12.1989, as. *Grimaldi*, C-322/88, f.j. 8, *Rec.* pp. I-4407 ss.).

⁵ STJCE de 6.3.1979, as. *Simmenthal IV*, 92/78, ff.jj. 40-41, *Rec.* pp. 777 ss. El Tratado Constitucional retoma esta jurisprudencia, pues al tratar del objeto de la excepción de ilegalidad se refiere a «un acto de alcance general» (artículo III-378).

permite un control directo de la legalidad) y, por el otro, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad (como medios indirectos de llevar a cabo ese mismo control).

La pregunta sería: ¿son vías complementarias o, por el contrario, son alternativas? Dicho de otro modo, ¿el hecho de que una determinada instancia pueda interponer un recurso de anulación contra un cierto acto, porque cuenta con legitimación para ello, le impide o no le impide cuestionar incidentalmente su legalidad ante el TJCE (excepción de ilegalidad) o ante los órganos jurisdiccionales nacionales (cuestión prejudicial de validez)?

El Tratado CE no da una respuesta clara a este interrogante, de modo que el Tribunal de Luxemburgo ha gozado de una amplia libertad para construir su propia doctrina, que pasamos a exponer, primero, y a comentar, después.

II. LA RESPUESTA DEL TJCE

El Tribunal de Justicia no ha efectuado una proclamación de principio afirmando el carácter complementario o alternativo de los mecanismos directos e indirectos de control de la legalidad de los actos vinculantes de Derecho derivado. De distintas manifestaciones suyas cabe, no obstante, inferir cuál es su postura sobre el tema.

Como vamos a tener ocasión de comprobar acto seguido, la postura del Tribunal no es unívoca.

1. COMPLEMENTARIEDAD DE LOS MEDIOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD: PUEDEN EJERCERSE EN PARALELO

En el asunto *Rau* el Tribunal proclamó: «la posibilidad de interponer un recurso directo, en virtud del párrafo 2 del artículo 173 [actual artículo 230] del Tratado, contra una decisión de una institución comunitaria no excluye la de interponer ante un órgano jurisdiccional nacional un recurso contra un acto de una autoridad nacional que ejecuta dicha decisión, alegando la ilegalidad de la misma»⁶.

⁶ STJCE de 21.5.1987, 133 a 136/85, f.j. 12, *Rec.* pp. 2289 ss. Para un comentario a este pronunciamiento, v. BEBR, G., «The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty», *CMLR*, 1989, n.º 4, pp. 667-691, pp. 684-691.

La afirmación del Tribunal parece dar a entender que, ejercida o no, la mera legitimación activa en el marco del recurso de anulación no cierra en ningún momento la vía de la cuestión prejudicial. En pronunciamientos posteriores el Tribunal de Luxemburgo se verá obligado a aclarar sus palabras para contestar a quienes, citando la sentencia *Rau*, reivindicaban para sí la facultad de, una vez expirados los dos meses previstos en el artículo 230 del Tratado CE, invocar ante los jueces nacionales la ilegalidad de actos comunitarios cuya anulación podían haber solicitado al Tribunal de Justicia con arreglo a tal disposición. En los asuntos *TWD* y *Wiljo* el TJCE advirtió que del informe para la vista correspondiente al asunto *Rau* resultaba que las demandantes en el litigio principal habían interpuesto ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación contra la decisión objeto de la cuestión prejudicial, de modo que en tal pronunciamiento «el Tribunal de Justicia no se pronunció, ni tenía que pronunciarse, sobre los efectos de caducidad vinculados a la expiración de los plazos para recurrir»⁷.

Lo único que el Tribunal de Justicia habría admitido en *Rau* es que el hecho de que una determinada instancia haya ejercido el derecho de acción que le reconoce el artículo 230 del Tratado CE contra un cierto acto no le impide iniciar procedimientos paralelos cuestionando su validez ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

El recurso de anulación y la cuestión prejudicial pueden, por tanto, sumarse, ejerciéndose en paralelo. En este sentido, son mecanismos perfectamente complementarios⁸.

⁷ STJCE de 9.3.1994, as. *TWD*, C-188/92, f.j. 20, *Rec.* pp. I-833 ss.; STJCE de 30.1.1997, as. *Wiljo*, C-178/95, f.j. 22, *Rec.* pp. I-585 ss.

⁸ Dada la brevedad del plazo previsto en el Tratado para la presentación del recurso de anulación, lo normal será que la instancia de que se trate se dirija primero al Tribunal de Luxemburgo y, posteriormente, en la medida en que su recurso aún no haya sido resuelto y el Tribunal no haya ordenado cautelarmente la suspensión de la ejecución del acto recurrido, cuestione incidentalmente su validez ante los órganos jurisdiccionales nacionales. De todos modos, si el acto comunitario fuera ejecutado con celeridad, también podría ocurrir que una entidad comenzara cuestionando su legalidad ante los tribunales nacionales y luego (porque, por ejemplo, quisiera obtener la suspensión cautelar del acto en cuestión en el territorio de todos los Estados miembros) se decidiera a presentar un recurso de anulación ante el TJCE.

2. CARÁCTER ALTERNATIVO DE LOS MEDIOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD: VENCIDO EL PLAZO DEL ARTÍCULO 230 DEL TRATADO CE, QUIEN PUDO HABER SOLICITADO DEL TJCE LA ANULACIÓN DE UN ACTO, PERO SE ABSTUVO DE HACERLO, NO PUEDE CUESTIONAR INCIDENTALMENTE SU VALIDEZ

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las decisiones no impugnadas por su destinatario en el plazo de dos meses que marca el artículo 230 del Tratado CE devienen firmes frente a aquél.

De conformidad con este principio, el Tribunal ha declarado de manera continuada que, en el marco de un recurso por incumplimiento, un Estado miembro no puede defenderse eficazmente impugnando la validez de la decisión que le fue dirigida y cuya violación se le reprocha, cuando ha dejado expirar el plazo en el que podía interponer un recurso de anulación contra ella. Los pronunciamientos en este sentido han sido muy numerosos; a título ejemplificativo podrían citarse: la sentencia de 12 de octubre de 1978 en el asunto *Comisión c. Bélgica*, la sentencia de 10 de junio de 1993 en el asunto *Comisión c. Grecia* y la sentencia de 26 de junio de 2003 en el asunto *Comisión c. España*⁹.

El rechazo jurisprudencial a que los Estados puedan invocar incidentalmente ante el TJCE la ilegalidad de las decisiones de las que son destinatarios se extiende a otros ámbitos procesales distintos a los recursos por incumplimiento. En el marco de un recurso de anulación interpuesto por nuestro país contra sendas decisiones de la Comisión, el TJCE, por motivos que no vale la pena detallar, se planteó si cabía admitir que la primera de esas dos decisiones fuese objeto de una excepción de ilegalidad que se suscitaría como fundamento de un recurso de anulación dirigido contra la segunda de ellas. La respuesta del Tribunal fue tajante: «admitir que, en el marco de un recurso de anulación dirigido contra una Decisión, un demandante pueda alegar por vía de excepción

⁹ STJCE de 12.10.1978, as. *Comisión c. Bélgica*, 156/77, f.j. 20, *Rec.* pp. 1881 ss.; STJCE de 10.6.1993, as. *Comisión c. Grecia*, C-183/91, f.j. 10, *Rec.* pp. I-3131 ss.; STJCE de 26.6.2003, as. *Comisión c. España*, C-404/00, f.j. 40, *Rec.* pp. I-6695 ss. Otros pronunciamientos del mismo tenor son: STJCE de 15.11.1983, as. *Comisión c. Francia*, 52/83, f.j. 10, *Rec.* pp. 3707 ss.; STJCE de 15.1.1986, as. *Comisión c. Bélgica*, 52/84, f.j. 13, *Rec.* pp. 89 ss.; STJCE de 30.6.1988, as. *Comisión c. Grecia*, 226/87, f.j. 14, *Rec.* pp. 3611 ss.; STJCE de 27.6.2000, as. *Comisión c. Portugal*, C-404/97, f.j. 34, *Rec.* pp. I-4897 ss.

la ilegalidad de un acto anterior de la misma naturaleza, cuya anulación habría podido solicitar directamente dicho demandante, permitiría poner en tela de juicio indirectamente Decisiones anteriores no impugnadas dentro del plazo de recurso previsto en el artículo 173 [hoy artículo 230] del Tratado, y eludir así dicho plazo»¹⁰.

Al igual que los Estados, los particulares tampoco podrían invocar ante el Tribunal de Luxemburgo, a título incidental, la ilegalidad de las decisiones de las que son destinatarios. En su sentencia en el asunto *Macchiorlati Dalmas* el Tribunal sostuvo que una interpretación distinta «serait en contradiction avec le principe consacré par l'article 33 [del Tratado CECA, que regula el recurso de anulación]; qu'en effet, le délai péremptoire de recours prévu par cette disposition correspond à la nécessité d'éviter que la légalité des décisions administratives ne soit remise en cause indéfiniment»¹¹.

Del mismo modo, el Tribunal viene rechazando que, una vez transcurrido el plazo del artículo 230 del Tratado CE, el Estado y los particulares destinatarios de una decisión puedan poner en tela de juicio la validez de esta última ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando no presentaron un recurso directo contra ella. En la sentencia *National Farmers' Union*, de 2002, el Tribunal fue especialmente explícito: «un Estado miembro, destinatario de las Decisiones (...), que no ha impugnado la legalidad de dichas Decisiones dentro del plazo previsto en el artículo 230 CE, párrafo quinto, no puede invocar con posterioridad, ante un órgano jurisdiccional nacional, la ilegalidad de éstas para oponerse a un recurso dirigido contra él»¹². Por lo que concierne a los particulares, en la sentencia *Wiljo*, el Tribunal se opuso a aceptar que esta empresa, destinataria de una decisión de la Comisión cuya anulación en su momento no había solicitado, pudiera posteriormente alegar la ilegalidad de tal medida en apoyo de un recurso interpuesto ante un tribunal de Amberes contra el acto dictado por las autoridades belgas en ejecución de aquella¹³.

Teniendo en cuenta que tanto los Estados miembros como los particulares gozan de legitimación activa para interponer un recurso de anu-

¹⁰ STJCE de 29.6.1995, as. *España c. Comisión*, C-135/93, f.j. 17, *Rec.* pp. I-1651 ss.

¹¹ STJCE de 31.3.1965, 21/64, *Rec.* pp. 227 ss., p. 244.

¹² STJCE de 22.10.2002, C-241/01, f.j. 39, *Rec.* pp. I-9079 ss.

¹³ STJCE de 30.1.1997, cit., f.j. 24.

lación contra las decisiones que les van dirigidas (los primeros, porque son «demandantes privilegiados», y los segundos, porque uno de los actos cuya legalidad pueden impugnar a través del artículo 230 del Tratado CE son las decisiones de las que sean destinatarios), la jurisprudencia referida abona la idea de que, por lo menos en el caso de las decisiones, para el Tribunal parece que quienes tienen expedita la vía del recurso de anulación, pero se abstienen de hacer uso de ella en el plazo que marca el Tratado CE, no pueden cuestionar posteriormente la validez de la decisión de que se trate.

¿Y ante actos distintos a las decisiones de las que los Estados o los particulares son destinatarios? ¿establece también en estos casos el Tribunal un vínculo entre las condiciones de admisibilidad de, por un lado, el artículo 230 del Tratado CE y, por el otro, los artículos 234 y 241 de este mismo texto, que conduce a resultados excluyentes? En la generalidad de los casos, diríase que así es.

Comenzando por las directivas, en la sentencia de 27 de octubre de 1992, en el asunto *Comisión c. Alemania*, el TJCE negó a este país la posibilidad de prevalerse, vía artículo 241 del Tratado CE, de la ilegalidad de un precepto de la Sexta Directiva de cuya infracción se le acusaba¹⁴.

Frente a los reglamentos, el Tribunal no ha sido tan claro. En realidad, su actuación en el asunto *Comisión c. Alemania*, resuelto por sentencia de 18 de septiembre de 1986, en el que entró a examinar (para terminar desestimándola) la alegación de ilegalidad suscitada por el Gobierno de este país en el marco del recurso presentado contra él por un supuesto incumplimiento del Reglamento 1698/70, dan cierto sustento a la idea de que, en el caso de los reglamentos, un Estado podría cuestionar su validez sin límite temporal alguno, por más que en su momento tuviera expedita la vía del recurso de anulación¹⁵. En todo caso, no se trata de una posición de principio¹⁶.

Por lo que concierne a los particulares y, más concretamente, a su facultad para impugnar ante los órganos jurisdiccionales nacionales la

¹⁴ C-74/91, f.j. 10, *Rec.* pp. I-5437 ss.

¹⁵ 116/82, *Rec.* pp. 2519 ss.

¹⁶ J. CARRERA HERNÁNDEZ estima que «en el estado actual de la jurisprudencia comunitaria, no cabe afirmar abiertamente que la excepción de ilegalidad constituya un medio de defensa en manos de los Estados miembros frente a los Reglamentos» (*La excepción de ilegalidad en el sistema jurisdiccional comunitario*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 122).

legalidad de las decisiones dirigidas a un tercero, de las directivas o de los reglamentos, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo permite concluir que para éste el recurso de anulación y la cuestión prejudicial tienen, en principio, un carácter alternativo. Con un matiz: para que las personas físicas y jurídicas pierdan la capacidad de poner en duda la validez de este tipo de medidas ante los tribunales nacionales el TJCE no valora exclusivamente si estuvieron o no legitimadas para dirigirse directamente al TPI por medio del artículo 230 del Tratado CE, sino que exige que tal *ius standi*, además de concurrir, fuera indudable. Sólo cuando esté fuera de toda duda que un individuo podía interponer el recurso de anulación el Tribunal le negará, si no ejerció su derecho de acción, la facultad de suscitar la invalidez del reglamento, de la directiva o de la decisión dirigida a un tercero ante los tribunales nacionales; sólo entonces se producirá el que N. Moloney denomina «guillotine effect»¹⁷.

Así, en el asunto *Universidad de Hamburgo* el TJCE aceptó que este organismo pudiera poner en entredicho ante un órgano jurisdiccional alemán la validez de una decisión dirigida por la Comisión a todos los Estados miembros, porque, por más que la decisión le afectaba de manera directa e individual, por las circunstancias del caso, la Universidad no tenía por qué saber que se daba tal incidencia en su esfera jurídica¹⁸.

En el asunto *TWD*, en cambio, el Tribunal se opuso a que esta empresa pudiera poner en cuestión ante un tribunal nacional la validez de una decisión de la Comisión dirigida al Gobierno alemán, atendiendo a que dicha sociedad no sólo había tenido conocimiento inmediato de aquélla, sino que, además, había sido informada por la Administración nacional de la posibilidad de atacarla en anulación¹⁹.

¹⁷ *CMLR*, 2002, n.º 2, pp. 393-405, p. 396, nota 17.

¹⁸ STJCE de 27.9.1983, 216/82, *Rec.* pp. 2771 ss. Para un comentario a este pronunciamiento, v. USHER, J., «Preliminary Rulings on Individual Decisions: The Undecided Question or a Plea of Illegality?», *ELR*, 1984, pp. 106-108.

¹⁹ STJCE de 9.3.1994, cit. Para un comentario a este pronunciamiento, v.: HOSKINS, M., *CMLR*, 1994, n.º 6, pp. 1399-1408; ROSS, M., «Limits on Using Article 177 EC», *ELR*, 1994, n.º 6, pp. 640-644; SIMON, D., *JDI*, 1995, n.º 2, pp. 438-440; TURNER, S., «Challenging EC Law before a National Court: a Further Restriction of the Rights of Natural and Legal Persons?», *Irish Journal of European Law*, 1995, pp. 68-87; WYATT, D., «The Relationship between Actions for Annulment and References on Validity after *TWD Deggendorf*», en LONBAY, J. y BIONDI, A. (eds.), *Remedies for Breach of EC Law*, John Wiley & Sons, Chichester, 1997, pp. 55-66.

En los asuntos *Accrington Beef*²⁰, *Eurotunnel*²¹ y *Nachi*²² el TJCE parece aceptar que el principio establecido respecto de las decisiones dirigidas a un tercero se aplica también cuando se trata de una directiva (*Eurotunnel*) o de un reglamento (*Accrington Beef* y *Nachi*). De su respuesta a diversas cuestiones prejudiciales se desprende que para el Tribunal de Luxemburgo la legitimación activa inequívoca en el marco del artículo 230 del Tratado CE (legitimación indubitada que concurría en la sociedad *Nachi*, pero no en *Accrington Beef* ni en *Eurotunnel*) priva a un particular de la posibilidad de invocar la invalidez de tales actos ante los jueces nacionales, una vez transcurrido el plazo del artículo 230 del Tratado CE. Respecto de ese particular que pudo haber solicitado su anulación, el reglamento o la directiva adquirirá entonces firmeza.

L. Danieli sintetiza del siguiente modo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: «la competenzaa del giudice comunitario e quella dei giudici nazionali si configurano como alternative, con prevalenza della prima sulla seconda, soltanto nei casi in cui l'interessato possa 'senza alcun dubbio' proporre un ricorso ai sensi dell'ar. 173 [actual art. 230], quarto comma. Negli altri, invece, cioè quando la ricevibilità di un ricorso di annullamento é probabile ma non certa, le due competenze saranno tra di loro concorrenti»²³.

Sin entrar por el momento en análisis más profundos, lo que, por de pronto, podemos decir en relación con el planteamiento del Tribunal acerca de la posición de los particulares en sede del artículo 234 del Tratado CE es que parece comprensible que se les prive de la facultad de poner en tela de juicio la validez de un acto distinto a las decisiones que les son dirigidas ante los órganos jurisdiccionales nacionales sólo cuando su derecho para solicitar directamente la anulación al TPI fuera

²⁰ STJCE de 12.12.1996, C-241/95, *Rec.* pp. I-6699 ss.

²¹ STJCE de 11.11.1997, C-408/95, *Rec.* pp. I-6315 ss. Para un comentario, v. STANLEY, P., *CMLR*, 1998, n.º 5, pp. 1205-1213.

²² STJCE de 15.2.2001, C-239/99, *Rec.* pp. I-1197 ss. Este pronunciamiento es comentado por N. MOLONEY, *op. cit.*

²³ «Brevi osservazioni in merito ad alcuni casi di interferenza tra competenzaa diretta del giudice comunitario e competenzaa dei giudici nazionali», en NASCIBENE, B. y DANIELI, L. (dirs.), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Giuffré, Milán, 1998, pp. 15-24, p. 20.

²⁴ En su crítica a la jurisprudencia del TJCE, G. VANDERSANDEN no parece reparar en el carácter manifiesto de la legitimación activa de los particulares que exige el Tribunal antes de negarles la posibilidad de cuestionar posteriormente, de manera

indubitado²⁴. Tal y como hemos recordado, la legitimación de los particulares para impugnar directamente este tipo de actos depende de que aquél les afecte de manera directa e individual. Si bien la afectación directa es fácilmente apreciable (se trata simplemente de establecer que el acto, por sí mismo, priva al particular de un derecho o le impone una obligación)²⁵, la afectación individual (consistente en que el acto perjudique al particular en razón de ciertas características que le son propias o de una situación de hecho que lo diferencia en relación a cualquier otra persona y por ello lo individualiza de manera análoga a la del destinatario)²⁶ es bastante menos evidente, sin que pueda decirse que la doctrina sentada en la sentencia *Codorniú* haya contribuido a aclarar la situación, más bien todo lo contrario²⁷. Dada la incertidumbre que rodea al derecho de acción de los particulares contra los reglamentos, las directivas y las decisiones a un tercero en el recurso de anulación, sería de una severidad excesiva establecer una conexión entre la admisibilidad del recurso de anulación, por un lado, y la de la cuestión prejudicial, por el otro, vedando a un individuo el acceso a esta última vía procesal debido a que, quizás sin ser él consciente de ello, pudo haber presentado un recurso de anulación contra tales medidas²⁸. Es más, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, el carácter inequívoco del *locus standi* de los particulares que requiere el Tribunal para excluir las vías de control incidental evita, como bien apunta J. Carrera Hernández, que aquéllos ten-

indirecta, la validez de los actos distintos a las decisiones de las que son destinatarios («La protection juridictionnelle effective: une justice ouverte et rapide?», en DONY, M. y BRIBOSIA, E., eds., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2002, pp. 119-154, p. 126).

A propósito de los casos en los que el *locus standi* de un particular para impugnar directamente ante el TJCE/TPI la validez de una decisión de la que no es destinatario es claramente indudable, v. los supuestos identificados por M. HOSKINS (*op. cit.*, pp. 1406-1407).

²⁵ STJCE de 3.5.1978, as. *Töpfer*, 112/77, *Rec.* pp. 1019 ss.

²⁶ STJCE de 15.7.1963, as. *Plaumann*, 25/62, *Rec.* pp. 197 ss.

²⁷ STJCE de 18.5.1994, C-309/89, *Rec.* pp. I-1853 ss. En este pronunciamiento el TJCE admitió que las disposiciones de un reglamento pueden tener alcance general y, sin embargo, afectar de manera individualizada a una persona.

²⁸ F. JACOBS considera que el enfoque del Tribunal de Justicia «se hace (...) imperativo por la consideración según la cual la imprecisión de la ley no debe perjudicar los derechos de los particulares» (Conclusiones presentadas el 15.9.1993, as. *TWD*, *cit.*, punto 26).

gan que indagar, en el momento de adopción de actos que no les van dirigidos, si pueden recurrirlos en anulación²⁹ y obvia las que G. Bebr denomina «precautionary annulment actions»³⁰. Además, reduce notablemente la complejidad del juicio previo que deben llevar a cabo los tribunales nacionales antes de elevar la cuestión prejudicial³¹, pues ya no se trata de determinar si el particular interesado dispuso de un derecho de acción con base en el artículo 230 del Tratado CE, sino que, como afirma P. Stanley, «it is sufficient that the position is not obvious»³².

Abundando en este tema, debe observarse que, al sopesar si el particular en cuestión había dispuesto en su momento, sin lugar a dudas, de un derecho (no ejercido) de recurso ante el TPI para obtener la anulación de un acto distinto a una decisión destinada a él, el TJCE no sólo tiene en cuenta las circunstancias fácticas del caso, sino también consideraciones estrictamente jurídicas. En este sentido, en la sentencia en el asunto *Nachi* el Tribunal se aferró a su jurisprudencia de acuerdo con la cual los reglamentos que establecen un derecho antidumping, aunque por su naturaleza y alcance tengan un carácter normativo, pueden afectar directa e individualmente a aquellos importadores cuyos precios de reventa de las mercancías de que se trate constituyan la base del cálculo del precio de exportación empleado por el reglamento en cuestión para

²⁹ *La excepción de ilegalidad... op. cit.*, p. 62.

³⁰ «The Reinforcement of the Constitutional Review...» *op. cit.*, p. 690. En un sentido similar, P. STANLEY afirma que «[o]ne is not to be penalized for declining to try one's luck in a doubtful case before the Court of First Instance» (*op. cit.*, p. 1211).

³¹ En relación con esta crítica a la jurisprudencia del TJCE, v.: BEBR, G., «The Reinforcement of the Constitutional Review...» *op. cit.*, pp. 689-690; *id.*, «Direct and Indirect Judicial Control of Community Acts in Practice: The Relation between Articles 173 and 177 of the EEC Treaty», en *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*, Nomos, Baden-Baden, 1987, pp. 91-111, p. 96; TESAURO, G., «The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts», *YEL*, 1993, pp. 1-17, p. 16; ROSS, M., «Limits...» *op. cit.*, pp. 643-644; TURNER, S., «Challenging EC Law...» *op. cit.*, p. 86.

³² *Op. cit.*, p. 1213. En este sentido, v. conclusiones de F. JACOBS en asunto *TWD* (punto 26) y TRIDIMAS, T., *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 168.

Pese a todo, J. A. USHER observa que «even to distinguish between cases where there is no doubt and cases where there may be difficulties requires a preliminary investigation of the same sort, particularly since the relevant case-law has not been marked by total consistency» («Direct and Individual Concern: An Effective Remedy or a Conventional Solution?», *ELR*, 2003, n.º 5, pp. 575-600, p. 590).

fijar los márgenes de dumping, para argumentar que Nachi, una empresa en la que concurrían las circunstancias aludidas, «sin lugar a dudas» podía haber hecho uso del artículo 230 del Tratado CE (lo que le impedía invocar posteriormente la invalidez del derecho antidumping ante un órgano jurisdiccional nacional)³³.

Dejando de lado la sentencia en el asunto *Comisión c. Alemania*, en la que, como advertíamos, el Tribunal de Justicia no toma una posición de principio acerca de la legitimación de los Estados para plantear una excepción de ilegalidad con respecto a un reglamento, en la base de la restante jurisprudencia hasta aquí examinada está la intención del Tribunal de Luxemburgo de salvaguardar la seguridad jurídica, un bien para cuya protección el Tratado CE establece unos plazos (plazos que el Tribunal califica de «imperativos»³⁴) para la interposición del recurso de anulación y de todos aquellos otros recursos que tienen por objeto controlar la actuación de las instituciones de la CE. «Los plazos para recurrir», insiste el TJCE, «tienen el objetivo de garantizar la seguridad jurídica, evitando que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos comunitarios que surtan efectos jurídicos»³⁵.

³³ STJCE de 15.2.2001, cit., f.j. 40.

³⁴ STJCE de 6.3.1994, as. *TWD*, cit., f.j. 17; STJCE de 15.2.2001, as. *Nachi*, cit., f.j. 30; STJCE de 22.10.2002, as. *National Farmers' Union*, cit., f.j. 35.

³⁵ STJCE de 6.3.1994, as. *TWD*, cit., f.j. 16; STJCE de 30.1.1997, as. *Wiljo*, cit., f.j. 19; STJCE de 14.9.1999, as. *Comisión c. AssiDomän Kraft Products*, C-310/97 P, f.j. 61, *Rec. pp.* I-5363 ss.; STJCE de 15.2.2001, as. *Nachi*, cit., f.j. 29; STJCE de 22.10.2002, as. *National Farmers' Union*, cit., f.j. 34.

A propósito de la protección de la seguridad jurídica como motivo por el que el TJCE veda el acceso a los medios incidentales de control de la legalidad a quienes pudieron solicitar directamente la anulación del acto de que se trate, es interesante subrayar que, en muchos de los casos en los que el Tribunal ha negado que, en el marco de un recurso por incumplimiento, un Estado pueda ampararse en la ilegalidad de la decisión o de la directiva cuya violación se le reprocha para evitar una sentencia condenatoria (STJCE de 12.10.1978, as. *Comisión c. Bélgica*, cit.; STJCE de 15.11.1983, as. *Comisión c. Francia*, cit.; STJCE de 15.1.1986, as. *Comisión c. Bélgica*, cit.; STJCE de 30.6.1988, as. *Comisión c. Grecia*, cit.; STJCE de 27.10.1992, as. *Comisión c. Alemania*, cit.; STJCE de 10.6.1993, as. *Comisión c. Grecia*, cit.; STJCE de 27.6.2000, as. *Comisión c. Portugal*, cit.; STJCE de 26.6.2003, as. *Comisión c. España*, cit.), el Tribunal, lejos de encomendarse al tenor literal del artículo 241 del Tratado CE, que sólo contempla a los reglamentos como posible objeto de la excepción de ilegalidad, ha invocado recurrentemente, a veces como único argumento, el principio de seguridad jurídica y el propio sistema de recursos instaurado por el Tratado.

Junto a este motivo, en ocasiones el TJCE ha esgrimido, a mayor abundamiento, la preservación del significado del plazo de recurso previsto en el artículo 230³⁶ y «los imperativos de buena administración de la justicia y de economía procesal»³⁷.

Las razones apuntadas y la pura coherencia llevarían a pensar que el Tribunal de Luxemburgo no admitiría que, pasado el plazo del artículo 230 del Tratado CE, el BCE y el Tribunal de Cuentas se sirvieran de la excepción de ilegalidad para denunciar posibles vicios vinculados con la defensa de sus prerrogativas, por tratarse de irregularidades que habrían podido hacer valer en el marco de un recurso de anulación, que no interpusieron³⁸.

Sorprendentemente no ha sido ésta la postura adoptada por el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia de 10 de julio de 2003 en el asunto *Comisión c. BCE*³⁹.

Debiendo dilucidar si la excepción de ilegalidad planteada por el BCE contra el Reglamento 1073/1999 era o no admisible⁴⁰, el Tribunal se remitió a lo dicho en *Nachi*, en el sentido de que «un reglamento adquier[e] firmeza respecto de un particular al que afecte como si se tratase de una decisión individual y que sin lugar a dudas habría podido solicitar su anulación con arreglo al artículo 230 CE» para concluir que, como en el caso al que se enfrentaba, «el carácter normativo del Regla-

³⁶ STJCE de 29.6.1995, as. *España c. Comisión*, cit., f.j. 17.

³⁷ STJCE de 14.9.1999, as. *AssiDomän Kraft Products*, cit., f.j. 61.

³⁸ Como la legitimación activa del BCE y del Tribunal de Cuentas se supedita a la defensa de sus prerrogativas, sus recursos pueden basarse únicamente en motivos referentes a la violación de estas últimas (V. STJCE de 22.5.1990, as. *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-70/88, *Rec.* pp. I-2041 ss.).

³⁹ C-11/00, *Rec.* pp. I-7147 ss. Se trata de una sentencia muy comentada por motivos distintos a los que aquí nos interesan; así: SANTOS VARA, J., «La independencia del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones frente a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (Comentario a las sentencias del TJCE de 10 de julio de 2003, *Comisión c. BCE* y *Comisión c. BEI*)», *RDCE*, n.º 17, 2004, pp. 237-257; LAVRANOS, N., «The Limited, Functional Independence of the ECB», *ELR*, 2004, n.º 1, pp. 115-123; SUCAMELI, F., «L'indipendenza della Banca centrale europea fra separazione ed equilibrio istituzionale», *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2004, n.º 2, pp. 694-705.

⁴⁰ Sacando a colación la jurisprudencia que hemos estado comentando, la Comisión sostenía que el demandado no podía invocar la ilegalidad del Reglamento 1073/1999 amparándose en el artículo 241 del Tratado CE, toda vez que no había impugnado dicho Reglamento *ex* artículo 230 del Tratado CE dentro del plazo de dos meses que prevé esta última disposición.

mento 1073/1999 no ha sido puesto en entredicho por ninguna de las partes, y, en particular, (...) nadie ha alegado ni que dicho Reglamento deba asimilarse a una decisión ni que en tal supuesto el BCE sería su destinatario», «no cab[ía] denegar al BCE el derecho a invocar, en el marco del presente litigio, la eventual ilegalidad del Reglamento 1073/1999 al amparo del artículo 241 CE», de manera que desestimó la inadmisibilidad de la excepción de ilegalidad (ff.jj. 75-78).

El Tribunal extiende, por tanto, al BCE la jurisprudencia acuñada en *Nachi* respecto de los particulares: como el Reglamento no afectaba directa e individualmente al BCE, la expiración del plazo del artículo 230 del Tratado CE no producía con respecto a esta entidad un efecto de caducidad.

En esta aplicación automática que hace de la sentencia *Nachi* el Tribunal de Justicia pasa por alto que la legitimación activa de los particulares, por un lado, y del BCE (y del Tribunal de Cuentas), por el otro, en el recurso de anulación descansa sobre postulados distintos. La consecuencia de todo ello es que el Tribunal llega a una conclusión que traiciona el que parece ser el principio inspirador de su doctrina acerca de la relación entre los medios directos e indirectos de control de la legalidad del Derecho comunitario derivado.

Mientras la legitimación de los individuos depende del tipo de acto y, eventualmente, de la manera en que éste les afecta, la del BCE depende del vicio que se alegue. En concreto, en el caso particular de los reglamentos, las personas pueden cuestionar directamente su legalidad si éstos les afectan de manera directa e individual, mientras que el BCE lo puede hacer cuando tales medidas conculcan alguna de sus atribuciones. La afirmación de que, por tratarse de un auténtico reglamento, debe reconocerse al BCE el derecho a solicitar del TJCE, al amparo del artículo 241 del Tratado, su inaplicación al caso, hecha sin establecer ningún tipo de límites en cuanto a las irregularidades invocables, permitiría que el Banco dejara transcurrir el plazo del artículo 230 del Tratado CE y posteriormente cuestionara incidentalmente ante el Tribunal de Luxemburgo la legalidad del reglamento de que se trate por motivos relacionados con sus atribuciones. Esto atentaría, sin embargo, contra el que (en su caso, con la salvedad de la sentencia *Comisión c. Alemania*) parece ser el *leitmotiv* de la jurisprudencia del TJCE, que es evitar, en aras de la salvaguarda de la seguridad jurídica, que quien pudo interponer un recurso de anulación (contra un determinado acto o por un determinado

motivo), y no lo hizo, pueda, pasados los dos meses establecidos en el Tratado al efecto, discutir la validez del acto de que se trate.

Se comparta o no el planteamiento del Tribunal, lo cierto es que, por coherencia, habría sido de esperar que el TJCE sólo hubiese permitido al BCE recurrir al artículo 241 del Tratado CE para hacer valer aquellos vicios que, por no estar conectados con sus prerrogativas, no hubiese podido invocar en el marco del artículo 230. En este sentido, lejos de entrar a examinar si concurría o no (su conclusión fue que no lo hacía), el Tribunal directamente debería haber rechazado que el Banco pudiera invocar, al amparo del artículo 241, que la adopción del Reglamento 1073/1999 adolecía de un vicio sustancial de forma derivado del hecho de que no se había cumplido el requisito de la consulta previa a este organismo, consulta que, según el BCE, exigía el artículo 105, apartado 4, del Tratado.

A la espera de ver lo que hace en el futuro el Tribunal (si confirmar o rectificar la doctrina sentada en la sentencia *Comisión c. BCE*), centrémonos ahora en el supuesto en el que, desde hace tiempo, el TJCE admite que la expiración del plazo del artículo 230 del Tratado CE no precluye a las instancias a las que este precepto reconoce un derecho de acción (no ejercido) la posibilidad de invocar posteriormente la ilegalidad de una determinada medida ni ante el propio Tribunal ni ante los jueces nacionales.

3. LA «TEORÍA DE LA INEXISTENCIA DEL ACTO» COMO FUNDAMENTO DEL ACCESO A LAS VÍAS DE CONTROL INCIDENTAL POR PARTE DE LOS LEGITIMADOS ACTIVOS DEL ARTÍCULO 230 DEL TRATADO CE

Desde muy temprano, el Tribunal de Luxemburgo reconoció que había ciertos vicios que determinaban no ya la ilegalidad de los actos de Derecho comunitario, sino, más radicalmente, su inexistencia⁴¹. En su es-

⁴¹ Sobre la teoría de la inexistencia del acto en Derecho comunitario, v.: VAN EMPEL, M., «L'acte public inexistant et le droit communautaire», *CDE*, 1971, n.º 3, pp. 251-283, esp. pp. 269-283; BERGERES, M.C., «La théorie de l'inexistence en droit communautaire», *RTDE*, 1989, n.º 3, pp. 393-437 y n.º 4, pp. 647-683; KALOGEROPOULOS, A., «Eléments de l'application de la théorie de l'inexistence des actes juridiques en droit communautaire», en *Etat-Loi-Administration. Mélanges en l'honneur d'Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 1998, pp. 181-201. Entre nosotros ha sido J. CARRERA HERNÁNDEZ (*La excepción de ilegalidad... op. cit.*, pp. 19-25) quien se ha ocupado con mayor detenimiento de esta doctrina.

tudio acerca de la «teoría de la inexistencia del acto» en el ordenamiento comunitario, A. Kalogeropoulos afirma: «si l'acte juridique inexistant constitue l'opposé logique de l'acte juridique existant, il n'est pas moins opposé, aussi, à la notion de l'acte juridique simplement illégal, c'est-à-dire à l'acte juridique qui, tout en ne remplissant pas les conditions d'une légalité parfaite, en raison des vices dont il est atteint, doit, cependant, être considéré comme juridique existant, c'est-à-dire intégré, même provisoirement, dans l'ordre juridique concerné»⁴².

La primera referencia a los actos inexistentes la encontramos en la sentencia de 10 de diciembre de 1957 en el asunto *Société des usines à tubes de la Sarre c. Alta Autoridad*⁴³. En este pronunciamiento el Tribunal sostuvo, a propósito de la motivación de un dictamen, «qu'elle constitue un élément essentiel, voire constitutif d'un (...) acte. De telle sorte que l'absence de motivation entraîne l'inexistence de l'acte»⁴⁴.

En cuanto a qué vicios determinan la inexistencia de un acto, el Tribunal ha declarado que «[p]or razones manifiestas de seguridad jurídica, dicha calificación deberá reservarse (...) en el Derecho comunitario, al igual que en los Derechos nacionales que la reconocen, a los actos afectados por vicios particularmente graves y evidentes»⁴⁵. «Para que a un acto no se le aplique (...) la presunción de validez que reconocen los Tratados, por evidentes razones de seguridad jurídica, a los actos incluso irregulares de las instituciones», insiste el Tribunal, «es necesario que aquél adolezca de una irregularidad burda y evidente cuya gravedad supere con mucho la de una irregularidad 'normal' provocada por una evaluación errónea de los hechos o por una ignorancia de la ley»⁴⁶.

⁴² «Éléments de l'application de la théorie...» *op. cit.*, p. 181.

⁴³ 1 y 14/57, *Rec.* pp. 201 ss.

⁴⁴ P. 220. Es preciso advertir que se trata de una afirmación justificada por las circunstancias del caso; en efecto, en pronunciamientos inmediatamente posteriores a éste, el Tribunal concluirá que la ausencia o la insuficiencia de la motivación determina no la inexistencia, sino la ilegalidad del acto de que se trate (STJCE de 20.3.1959, as. *Nold I*, 18/57, *Rec.* pp. 89 ss.; STJCE de 15.3.1967, as. *Société anonyme Cimenteries y otros*, 8-11/66, *Rec.* pp. 93 ss.).

⁴⁵ STJCE de 26.2.1987, as. *Conorzio cooperative d'Abruzzo c. Comisión*, 15/85, f.j., 10, *Rec.* pp. 1005 ss.; STJCE de 30.6.1988, *Comisión c. Grecia*, cit., f.j. 16; STPI de 27.6.1991, as. *Valverde Mordt c. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, T-156/89, f.j. 84, *Rec.* pp. II-407 ss. Para un comentario al primero de estos pronunciamientos, v. LETEMENDIA, M., «Le retrait d'un acte illegal», *CDE*, 1989, n.º 5-6, pp. 627-645.

⁴⁶ STPI de 27.6.1991, as. *Valverde Mordt*, cit., f.j. 84.

La gravedad y la evidencia del vicio son dos condiciones que deben darse de manera cumulativa⁴⁷. En este sentido, en alguna sentencia el TJCE ha negado que un determinado acto pudiera ser calificado de inexistente observando simplemente que la irregularidad que se le achacaba no revestía un carácter evidente, puesto que no se desprendía de la lectura del acto en cuestión⁴⁸.

En todo caso, el Tribunal ha venido entendiendo que, por la severidad de las consecuencias que se deducen de la constatación de la inexistencia de un acto de las instituciones de la Comunidad, esta declaración ha de quedar limitada a «supuestos del todo extraordinarios»⁴⁹.

Traemos a colación la «teoría de la inexistencia del acto», porque supone una excepción a la jurisprudencia analizada en el anterior apartado. En palabras del propio Tribunal, «[c]alificar un acto de inexisten-

⁴⁷ Aunque en la mayor parte de sus pronunciamientos el TJCE menciona la «gravedad» y la «evidencia» de la irregularidad como dos condiciones distintas (a las sentencias citadas en las dos notas anteriores pueden sumarse otras, como: STJCE de 27.10.1992, as. *Comisión c. Alemania*, cit., f.j. 11; STJCE de 27.6.2000, as. *Comisión c. Portugal*, cit., f.j. 35; STJCE de 26.6.2003, as. *Comisión c. España*, cit., f.j. 41), en alguna ocasión ha parecido quererlas reducir a una única condición: la de la «evidencia de la gravedad» (v. STJCE de 15.6.1994, as. *BASF*, C-137/92 P, ff.jj. 49 y 52, *Rec. pp.* I-2555 ss.; STJCE de 8.7.1999, as. *ICI*, C-200/92 P, ff.jj. 70 y 72, *Rec. pp.* I-4399 ss.). Enlazando con esto último, A. KALOGEROPOULOS vincula la inexistencia de un acto a la gravedad de la ilegalidad que padece: «le critère de l'apparence de l'illégalité n'intervient (...) que pour savoir s'il est opportun, eu égard à l'exigence de la sécurité du droit et de la stabilité des situations juridiques, de déclarer une inexistence, par ailleurs justifiée par la gravité des vices d'un acte» («Éléments de l'application de la théorie...» *op. cit.*, p. 199). Por su parte, M. LETEMENDIA opina que, de los dos criterios que maneja el TJCE, el de la evidencia de la irregularidad es el que más interesa a los particulares, porque «[s]i, à la simple lecture d'une décision, le destinataire peut constater un vice grave de légalité, il sera moins porté à se fier à celle-ci ou, le cas échéant, à subir ses effets sans contestation» («Le retrait...» *op. cit.*, p. 635).

⁴⁸ V. STJCE de 26.2.1987, as. *Consorzio cooperative d'Abruzzo*, cit., f.j. 11.

⁴⁹ STJCE de 15.6.1994, as. *BASF*, cit., f.j. 50; STJCE de 8.7.1999, as. *ICI*, cit., f.j. 71.

El repaso de la jurisprudencia del TJCE lleva a A. KALOGEROPOULOS a concluir, en 1998, que «la théorie de l'inexistence en droit communautaire n'a, en fait, reçu pratiquement application que dans une jurisprudence plutôt ancienne de la Cour de justice et dans un arrêt récent du Tribunal de première instance» (el autor se refiere a la sentencia del TPI de 27 de febrero de 1992, en el asunto *BASF*, que terminó siendo casada por el TJCE) («Éléments de l'application de la théorie...» *op. cit.*, pp. 191-192).

te permite declarar, más allá de los plazos de recurso, que dicho acto no ha producido ningún efecto jurídico»⁵⁰. Dicho de otro modo, ante los actos inexistentes la expiración del plazo del artículo 230 del Tratado CE no produce el habitual efecto de caducidad, por lo que, incluso quien tuvo expedita la vía procesal contemplada en tal disposición, podrá, en todo caso, servirse o beneficiarse de los mecanismos previstos en los artículos 234 y 241 del Tratado⁵¹.

A nuestros efectos, interesa subrayar que, de acuerdo con la doctrina del TJCE, contra un acto inexistente no cabe interponer recurso de anulación, pues éste, por definición, carecerá de objeto. En las sentencias *Société des usines à tubes de la Sarre* y *BASF* el TJCE y el TPI, respectivamente, declararon inadmisibles sendos recursos interpuestos contra actos cuya inexistencia fue constatada en estos pronunciamientos⁵². Siendo lógica, la solución puede, no obstante, causar extrañeza: ¿cómo es posible que el Tribunal pueda anular los actos que padecen vicios menos importantes y, en cambio, no pueda hacer otro tanto con los actos afectados por irregularidades graves y evidentes? T.C. Hartley quita importancia a la paradoja recién apuntada: «[i]n practice (...) this is not a serious drawback as it might appear since, if the Court gives a judgement stating that the case is inadmissible because the 'act' is non-existent, the practical effect will be the same as a declaration of invalidity (and costs may even be granted to the applicant —who is technically the losing

⁵⁰ STJCE de 26.2.1987, as. *Conorzio cooperative d'Abruzzo*, cit., f.j., 10.

⁵¹ A juicio de M.C. BERGERES, «parmis les intérêts assignés par la doctrine à la théorie de l'inexistence, la possibilité de faire déclarer un acte inexistant à toute époque sans être limité par les délais des recours contentieux, n'est pas la moindre» («La théorie de l'inexistence...» *op. cit.*, n.º 4, p. 668).

⁵² STJCE de 10.12.1957, as. *Société des usines à tubes de la Sarre*, cit., p. 220; STPI de 27.2.1992, as. *BASF*, T-79, 84-86, 89, 91, 92, 94, 96, 98, 102 y 104/89, f.j. 101, *Rec.* pp. II-315 ss. En el primer caso, la apreciación de la inexistencia se produjo en sede de admisibilidad del recurso; en el segundo, aunque no se dice expresamente, se unió el examen de la admisibilidad con el del fondo.

Como adelantábamos unas notas más atrás, la sentencia del TPI sería posteriormente casada por el TJCE, que no estimó que las irregularidades que padecía la decisión de la Comisión revistieran una entidad suficiente como para hacerla inexistente (STJCE de 15.6.1994, cit.). Para un comentario a las dos sentencias recaídas en el asunto *BASF*, la del TPI y la del TJCE, v. TOTH, A.G., *CMLR*, 1995, n.º 1, pp. 271-304.

Sobre la existencia del acto como condición preliminar para la admisibilidad del recurso de anulación, v., SCHEPISI, C., «La nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del trattato CE», en NASCIBENE, B. y DANIELI, L. (dirs.), *Il ricorso di annullamento... op. cit.*, pp. 109-140, pp. 111-114.

part— if he can show that the defendant was at fault in leading him to believe that the ‘act’ was in fact legally effective)»⁵³. J. García Luengo entiende que, en todo caso, es aconsejable que «el Tribunal entre a enjuiciar este tipo de actos para acabar, mediante una sentencia, con cualquier tipo de apariencia de validez que hubiesen podido suscitar» y recuerda que «las tendencias más modernas dentro de las teorías de las nulidades, mantienen la posibilidad de una eficacia externa de este tipo de actos [nulos o inexistentes], que (...) no conlleva nunca la eficacia interna, esto es la obligatoriedad de la regulación concreta que el acto quería hacer valer»⁵⁴.

De la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, por consiguiente, no cabe colegir que cuando interviene la doctrina de la existencia del acto los medios directos e indirectos de control de la legalidad del Derecho derivado se vuelvan complementarios o cumulativos, lo que sucede es que el transcurso del plazo del artículo 230 del Tratado no tiene el habitual efecto preclusivo para las instancias a las que este precepto reconoce un *ius standi*. La frase del TPI de que «[l]os actos inexistentes pueden ser impugnados sin tener en cuenta las plazos»⁵⁵ podría, así, completarse con «y sin considerar el papel que una determinada instancia tenga reconocido en el marco del artículo 230 del Tratado CE».

Frente a supuestos en los que los vicios tienen una entidad tan importante, la prioridad del TJCE es que los «actos» desaparezcan del ordenamiento jurídico y lo que hace el Tribunal es favorecer su supresión admitiendo que, incluso después de transcurridos los dos meses para la interposición del recurso de anulación, cualquiera pueda cuestionar incidentalmente su legalidad ante el TJCE o ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En estos casos, el Tribunal sacrifica la apreciada seguridad jurídica (que, como venimos repitiendo, aboga por el mantenimiento de los actos que, aun viciados, no hayan sido impugnados pasado cierto plazo) para salvaguardar la legalidad del ordenamiento, un principio este último que, al contrario que el anterior, aboga por la eliminación de los actos irregulares. El ordenamiento jurídico comunitario

⁵³ *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003 (5ª ed.), p. 348.

⁵⁴ *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 123.

⁵⁵ STPI de 27.2.1992, as. *BASF*, cit., f.j. 101.

«no puede tolerar», dice el TJCE, las medidas que se encuentran viciadas por irregularidades graves y evidentes⁵⁶.

Para concluir añadamos una última idea en relación con la inexistencia de un acto y es que los Estados podrán siempre ampararse en la inexistencia del acto de cuya infracción se les acusa en el marco del procedimiento del artículo 226 del Tratado CE para escapar a una condena por incumplimiento⁵⁷.

III. CONSECUENCIAS DE LA RESPUESTA DEL TJCE

La doctrina jurisprudencial que hemos analizado en el anterior epígrafe, especialmente en los dos últimos apartados, tiene varias implicaciones.

1. GRADUACIÓN DE LOS VICIOS DEL ARTÍCULO 230 DEL TRATADO CE

Desde un punto de vista teórico, la jurisprudencia del TJCE supone el reconocimiento de que los vicios contemplados en el artículo 230 del Tratado CE pueden presentarse de forma atenuada o de forma grave. Cuando se presentan en su versión «light», los legitimados activos en el recurso de anulación sólo podrán invocarlos en el plazo de dos meses que marca el Tratado CE para la interposición de este recurso. Cuando se manifiestan en su versión «hard», podrán, en cambio, hacerlos valer en todo momento («teoría de la inexistencia del acto»).

Detrás de esta graduación de las causas de ilegalidad subyace la distinción vigente en muchos ordenamientos estatales y que, en concreto, en el caso español, permite diferenciar entre causas de anulabilidad y

⁵⁶ STJCE de 29.6.1995, as. *España c. Comisión*, cit.

⁵⁷ STJCE de 30.6.1988, as. *Comisión c. Grecia*, cit., f.j. 16; STJCE de 27.10.1992, as. *Comisión c. Alemania*, cit., f.j. 11; STJCE de 27.6.2000, as. *Comisión c. Portugal*, cit., f.j. 35; STJCE de 26.6.2003, as. *Comisión c. España*, cit., f.j. 41; la idea se encontraba ya recogida, de forma velada, en la STJCE de 10.12.1969, as. *Comisión c. Francia*, 6 y 11/69, *Rec.* pp. 523 ss. En 1972, P. MATHIJSEN lo denominaba «excepción de nulidad» («Nullité et annullabilité des actes des institutions européennes», en *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque edita*, Bruylant, Bruselas, 1972, t. II, pp. 271-283, p. 282), pero, a la vista de la terminología empleada por el TJCE, hoy quizás sería más propio hablar de «excepción de inexistencia».

causas de nulidad de pleno Derecho. Las primeras son vicios de menor importancia⁵⁸, que pueden dar lugar a la impugnación de los actos administrativos en el plazo de dos meses⁵⁹ o a su revisión de oficio por parte de la Administración en el transcurso de los cuatro años siguientes a su aprobación⁶⁰; pasado ese plazo, los actos afectados devienen firmes. Las segundas, las causas de nulidad, son, en el Derecho español, vicios más severos, que pueden afectar, además de a los actos administrativos (que, de este modo, pueden ser válidos, anulables o nulos), también a las disposiciones reglamentarias (que o son válidas o son nulas)⁶¹. El plazo para su impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sigue siendo de dos meses⁶², pero la Administración puede, «en cualquier momento», por tanto, sin límite temporal alguno, declarar de oficio la nulidad del acto o de la disposición de que se trate⁶³.

En Derecho comunitario no existe la figura de la revisión de oficio de los actos de Derecho derivado, sino que se acoge la doctrina, importada del Derecho administrativo francés, de los actos inexistentes. Al margen de cuál sea el instrumento a través del cual se articule, lo destacable es que el ordenamiento de la Comunidad Europea cuenta, también él, con un mecanismo que le permite volver sobre lo más grave.

A propósito de la equivalencia conceptual entre la inexistencia y la nulidad de pleno Derecho, es oportuno señalar que en la sentencia en el asunto *Valverde Mordt* el TPI vino a admitir que la segunda de estas nociones, alegada por el recurrente, «se refiere, fundamentalmente, a la regla, reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual, en circunstancias excepcionales, un acto puede ser inexistente cuando adolezca de vicios particularmente graves y evidentes»⁶⁴. Por su parte,

⁵⁸ Art. 63 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 —BOE n.º 285, de 26.11.1992—).

⁵⁹ Art. 46 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998 —BOE n.º 167, de 14.6.98—).

⁶⁰ Art. 103 Ley 30/1992.

⁶¹ V. art. 62 Ley 30/1992.

⁶² Art. 46 Ley 29/1998.

⁶³ Art. 102 Ley 30/1992.

⁶⁴ STPI de 27.6.1991, cit., f.j. 84.

Sobre si «nulidad de pleno Derecho» e «inexistencia» son expresiones intercambiables o, por el contrario, reflejan dos realidades jurídicas distintas, v. VAN EMPEL, M., «L'acte public inexistant...» *op. cit.*, pp. 252-253.

T.C. Hartley maneja las categorías de actos nulos y actos anulables cuando afirma que «in Community law the general rule is that invalid acts are voidable, not void», que «for some purposes a voidable act which has not been annulled within the time-limit has the same effect as a valid one» y que una consecuencia de que un «acto» sea inexistente «is that the expiry of the time-limit cannot give it even the shadow of validity»⁶⁵. Entre nosotros, T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo retoma también esta terminología; así sostiene que «[f]uera del supuesto excepcional de nulidad o inexistencia de los actos administrativos comunitarios la categoría normal de los vicios en que pueden incurrir tales actos es el de la anulabilidad. En realidad se trata de una categoría que puede deducirse del hecho de que los vicios pueden ser declarados por el Tribunal de Justicia siempre que se hayan interpuesto los recursos dentro de los plazos previstos para ello. La nulidad jugaría así como una excepción que permitiría superar el problema de la limitación de los plazos de impugnación. La anulabilidad, en cambio, determinaría que la falta de interposición del correspondiente recurso comportaría la imposibilidad de pretender la anulación del acto de que se trate transcurrido ese plazo»⁶⁶.

2. LOS ESTADOS MIEMBROS NO PODRÁN IMPUGNAR LA VALIDEZ DE LOS ACTOS VINCULANTES ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES

Una segunda consecuencia que cabe deducir de la postura adoptada por el TJCE es que, en principio, a menos que se trate de defectos particularmente serios y manifiestos que permitieran dar entrada a la «teoría de la inexistencia del acto», los Estados no podrían, a partir de cierto momento y a menos que antes hubiesen interpuesto un recurso de anulación que estuviese pendiente de resolución, impugnar ante los ór-

La distinción entre nulidad absoluta y anulabilidad aparece en una temprana sentencia del TJCE, de 12 de julio de 1957, donde se lee: «De l'avis de la Cour, l'illégalité d'un acte administratif individuel n'entraîne sa nullité absolue que dans certains cas (...). Abstraction faite de ces cas exceptionnels, la doctrine et la jurisprudence des Etats membres n'admettent qu'une anulabilité et révocabilité» (as. *Algera*, 7/56 y 3 a 7/57, *Rec.* pp. 81 ss.).

⁶⁵ *The Foundations... op. cit.*, pp. 347-348.

⁶⁶ «Acto administrativo comunitario», en PAREJO ALFONSO, L. *et alia*, *Manual de Derecho administrativo comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 193-228, p. 221.

ganos jurisdiccionales nacionales la validez de un reglamento, de una directiva o de una decisión dirigida a un tercero. Acabamos de ver que el Tribunal de Luxemburgo niega esta posibilidad a los particulares cuando su derecho de acción de conformidad con el artículo 230 del Tratado CE estuviese fuera de toda duda. Como la legitimación de los Estados miembros para solicitar del Tribunal la anulación de un reglamento, de una directiva o de una decisión destinada a un tercero está siempre fuera de toda duda, pues por algo se les califica como «demandantes privilegiados», la conclusión sería que aquellos no podrían nunca cuestionar ante los tribunales nacionales la legalidad de ninguno de estos tres tipos de medidas. Si a ello le añadimos que el Tribunal ha negado expresamente que los Estados puedan poner en tela de juicio, ante esos mismos tribunales, la validez de las decisiones de las que son destinatarios (sentencia *National Farmers' Union*), la conclusión final será que los Estados no podrían poner en entredicho ante los tribunales nacionales la legalidad de ninguno de los actos vinculantes que pueden adoptar las instituciones comunitarias.

Quienes vean en la cuestión prejudicial de validez y en la excepción de ilegalidad mecanismos paralelos de control de la legalidad del Derecho derivado ampliarán el alcance de la conclusión anterior, afirmando que los Estados tampoco podrán recurrir jamás al artículo 241 del Tratado CE, salvo que entre en juego la inexistencia del acto. Criticarán entonces la actuación del TJCE en el asunto *Comisión c. Alemania*, porque, en lugar de rechazar *a limine* la alegación del Gobierno alemán de que el reglamento de la Comisión presuntamente vulnerado por este país era ilegal, el Tribunal entró a examinar si dicho acto, en efecto, padecía las irregularidades denunciadas por Alemania.

3. LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PARTICULARES EN EL RECURSO DE ANULACIÓN PUEDE TENER UN PRECIO...

Una implicación más de la doctrina jurisprudencial es que las propuestas de extender la legitimación activa de los particulares en el marco del artículo 230 del Tratado CE (hechas, en parte, efectivas por el Tratado Constitucional) deberían ser sopesadas con calma⁶⁷. No debe perderse de

⁶⁷ El artículo III-365 del Tratado Constitucional amplía la legitimación activa de los particulares, en la medida en que para reconocerles la posibilidad de impugnar

vista que, mientras el Tribunal no revise su postura, si se modificara el tenor literal del artículo 230 del Tratado CE para ampliar el derecho de acción de los individuos se haría a costa de disminuir, en la misma medida, su papel en el marco del artículo 234 y, en su caso, del artículo 241 del Tratado CE⁶⁸. A partir de esta constatación, lo que habría que hacer es valorar qué es más conveniente desde el punto de vista de la protección jurídica de los particulares: si tener acceso al recurso de anulación o (se trata de una disyuntiva) contar con la posibilidad de cuestionar incidentalmente la legalidad de los actos comunitarios ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, eventualmente, ante el TJCE.

En sus conclusiones en el asunto *UPA*, F. Jacobs expone con la brillantez en él habitual las razones que, a su modo de ver, hacen preferible la vía del artículo 230 del Tratado CE antes que la del artículo 234⁶⁹. El Abogado General recalca, entre otros aspectos, el hecho de que la cuestión prejudicial es una herramienta cuyo uso depende de la discrecionalidad del tribunal nacional; que para que los particulares puedan cuestionar ante los jueces nacionales la validez de un acto comunitario es preciso que éste haya dado lugar a alguna medida de ejecución en Derecho interno, lo que no siempre acontece; que los recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, con la fase adicional de la consulta al TJCE, pueden provocar retrasos y costes adicionales considerables; que los recursos de anulación son más apropiados para resolver cuestiones

ante el Tribunal de Luxemburgo los actos reglamentarios que no incluyan medidas de ejecución exige como único requisito que tales actos les afecten de manera directa (se suprime, pues, la condición adicional de la afectación individual).

A propósito de la regulación del recurso de anulación en el Tratado Constitucional, v.: SOBRINO HEREDIA, J.M., «El sistema jurisdiccional en el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea», *RDCE*, n.º 16, 2003, pp. 993-1040, pp. 1034-1037; ALONSO GARCÍA, R., «La ¿nueva? arquitectura judicial», en ALBERTÍ ROVIRA, E. (dir.) y ROIG MOLÉS, E. (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 359-384, pp. 370-372.

⁶⁸ No lo ve así G. VANDERSANDEN, a cuyo juicio «le recours direct en annulation devant la Cour ne saurait constituer un détournement de la possibilité d'utiliser l'article 177 [hoy artículo 234] du traité CE pour contester la validité d'un acte communautaire devant la juge national. Cette possibilité doit rester intacte» («Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées», *CDE*, 1995, n.º 5-6, pp. 535-552. p. 550). La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, sin embargo, no parece ir por esos derroteros...

⁶⁹ Conclusiones presentadas el 21.3.2002, C-50/00 P, puntos 36 ss., *Rec.* pp. I-6677 ss.

de validez que los procedimientos prejudiciales, porque la institución autora del acto impugnado es parte en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, porque un recurso directo lleva aparejado un intercambio completo de alegaciones y porque es posible la intervención en el asunto de terceros; que las medidas cautelares que, en su caso, adopte el Tribunal, con arreglo a los artículos 242 y 243 del Tratado CE, serán efectivas en todos los Estados miembros; y, que los recursos directos son más satisfactorios desde el punto de vista de la seguridad jurídica, porque deben interponerse en el plazo de dos meses, mientras que ante los órganos jurisdiccionales nacionales la validez de los actos comunitarios puede ponerse en entredicho en cualquier momento.

Sin cuestionar nada de lo que sostiene F. Jacobs, sí quisiéramos señalar que alguna de sus argumentaciones carece de relevancia desde la perspectiva de la protección jurisdiccional de los particulares. En concreto, si el recurso de anulación permite llevar a cabo un examen más completo de la legalidad de los actos comunitarios, toda vez que las instituciones que los han aprobado son parte en el procedimiento desde el principio y cabe la intervención de terceros, es algo que para los particulares, que no actúan como agentes de la legalidad comunitaria, sino guiados por sus intereses personales, debería ser irrelevante.

Por otra parte, la sumisión del recurso de anulación a un plazo de dos meses puede, como sostiene F. Jacobs, ser una ventaja en términos de seguridad jurídica, pero puede ser también un inconveniente para los individuos. Una virtud que tienen la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad es que permiten cuestionar la legalidad de un acto comunitario sin importar cuándo fue publicado o notificado. Teniendo en cuenta que, por lo general, los particulares no acostumbran a consultar regularmente el *Diario Oficial de la Unión Europea*, la posibilidad de cuestionar la validez de un reglamento, de una directiva o de una decisión dirigida a un tercero sin límite temporal alguno debería resultar sumamente atractiva. En el caso particular de las directivas, lo mismo que en el de los reglamentos o las directivas «de base» o «marco», la ausencia de plazo permite a los particulares esperar a conocer las medidas (nacionales o comunitarias) de desarrollo y valorar así en su conjunto y en detalle las reglas aplicables antes de decidirse a atacarlas⁷⁰.

⁷⁰ V., con respecto a esto último, las alegaciones del Consejo reflejadas en la STPI de 21.3.2003, as. *Etablissement Toulorge c. Parlamento Europeo y Consejo*, T-167/02, f.j. 31, *Rec.* pp. II-1111 ss.

Con estas reflexiones, no se nos entienda mal, no estamos defendiendo que para los particulares sea preferible tener acceso a los medios de control incidental antes que al recurso de anulación, lo único que pretendemos es llamar la atención sobre el hecho de que la extensión del derecho de acción de los particulares *ex* artículo 230 del Tratado CE tendría, dada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un precio, cifrado en la disminución de las posibilidades de impugnación indirecta, y que habría que examinar detenidamente si vale o no la pena pagarlo.

Las mismas consideraciones son válidas para el supuesto de que el Tribunal, sin modificar su posición actual acerca de la relación entre los mecanismos de control de la legalidad del Derecho comunitario derivado, se decidiera a acoger una definición de «afectación individual» cuya concurrencia fuera más fácilmente apreciable de lo que lo es la que, desde 1963⁷¹, viene manejando. Si, por ejemplo, el Tribunal aceptara una definición del estilo de la sugerida por el TPI en la sentencia *Jégo-Quéré*, se clarificaría notablemente la legitimación de los particulares para impugnar actos distintos a las decisiones de las que son destinatarios⁷². En esta situación, cabe presumir que el Tribunal dejaría de tener tantos reparos como tiene hoy en día para desposeer a las personas de la facultad de poner en tela de juicio la validez de tales actos: al ser fácil de determinar si se daba o no, su sola legitimación en el marco del artículo 230 del Tratado CE bastaría para privarles de la posibilidad de

⁷¹ STJCE de 15.7.1963, as. *Plaumann*, cit.

⁷² Recordemos que, para favorecer el acceso de los particulares al artículo 230 del Tratado CE y potenciar de este modo el derecho a un recurso efectivo, el TPI defendió que «ha de considerarse que una persona física o jurídica queda individualmente afectada por una disposición comunitaria de alcance general que le afecta directamente si la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones» (STPI de 3.5.2002, T-177/01, f.j. 51, *Rec.* pp. II-2365 ss.). A nuestro modo de ver, semejante descripción de la «afectación individual» está muy próxima a la de «afectación directa» que viene manejando el TJCE y lo cierto es que la apreciación de la concurrencia de esta última no suele resultar problemática.

Como es de sobra conocido, la propuesta del TPI no fue aceptada por el TJCE, que, en la sentencia *UPA*, dictada un par de meses más tarde, se reafirmó en la definición tradicional de afectación individual (STJCE de 25.7.2002, cit.). A la vista de ello, era previsible que el TJCE estimara el recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la sentencia del TPI en *Jégo-Quéré* (STJCE de 1.4.2004, as. *Comisión c. Jégo-Quéré*, C-263/02 P, pendiente de publicación).

cuestionar incidentalmente la legalidad de un reglamento, una directiva o una decisión dirigida a un tercero⁷³.

Estas son, a nuestro juicio, las consecuencias más destacables de la posición que adopta el Tribunal de Justicia sobre la materia, pero... ¿es acertada su concepción de los institutos jurídicos contemplados en los artículos 234 y 241 del Tratado CE como mecanismos subsidiarios al recurso de anulación, en el sentido de que operan únicamente cuando no fue posible, por falta de una legitimación activa clara, acudir a la vía del artículo 230 del Tratado CE? Creemos que sólo en parte.

IV. VALORACIÓN DE LA RESPUESTA DEL TJCE

1. A FAVOR DEL CARÁCTER ALTERNATIVO DEL RECURSO DE ANULACIÓN Y DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL CASO DE LAS DECISIONES INDIVIDUALES

En el caso de las decisiones de alcance individual, estamos de acuerdo con el Tribunal de Justicia en que su destinatario no puede dejar pasar el plazo del artículo 230 del Tratado CE sin poner en marcha esta vía y posteriormente pretender cuestionar la validez de la decisión ante los tribunales nacionales. Operaría la que los administrativistas denominan «doctrina del acto consentido»: al no impugnar el acto en cuestión dentro del plazo legalmente establecido, se entiende que el sujeto destinatario lo da definitivamente por bueno. Salvo que entre en juego la «teoría de la inexistencia del acto», la decisión se convierte en inimpugnable⁷⁴.

⁷³ V., en este sentido, la alegación de la Comisión reflejada en la STJCE de 1.4.2004, as. *Comisión c. Jégo-Quéré*, cit., f.j. 25.

En otro orden de consideraciones, pero también en relación con la lectura que hace el TJCE de la legitimación de los particulares para recurrir en anulación, R. ALONSO GARCÍA ha destacado que se trata de una lectura restrictiva centrada en una lectura literal del artículo 230 del Tratado CE, que resulta especialmente discutible cuando se aplica, como hace el Tribunal, al recurso por omisión, puesto que en este caso el sistema jurisdiccional comunitario no ofrece vías procesales indirectas que permitan suplir las insuficiencias de la vía directa que encierra el artículo 232 del Tratado CE («Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las instituciones y de los Estados miembros)», *RAP*, n.º 151, 2000, pp. 77-132, pp. 97-101).

⁷⁴ En relación con la «doctrina del acto consentido» en Derecho comunitario, v. ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 386-387.

El derecho a la tutela judicial del sujeto de que se trata se salvaguarda al ofrecerle un cauce, el recurso de anulación, que le permite poner en tela de juicio la legalidad de una decisión que le ha sido dirigida. Una vez que finaliza el plazo para poder acudir a dicho cauce, se impone salvaguardar otro bien, la seguridad jurídica, que se opone a que los actos puedan ver cuestionada su legalidad *sine die*⁷⁵.

En realidad, no es sólo que el destinatario no pueda invocar la invalidez de la decisión ante los tribunales nacionales, sino que éstos tampoco podrán, de oficio o a instancia de otra parte en el procedimiento, cuestionarse siquiera dicha validez; no habrá, pues, lugar a que eleven una cuestión prejudicial al TJCE para consultarle al respecto. Como bien dice el Tribunal, la firmeza que adquiere una decisión no impugnada *ex artículo 230 del Tratado CE* frente a quien pudo solicitar su anulación y no lo hizo «vincula al órgano jurisdiccional nacional»⁷⁶.

Esta construcción se puede extender, como hace el Tribunal, a sujetos distintos al destinatario de la decisión cuando su legitimación para interponer un recurso de anulación contra aquélla estuviese fuera de toda duda. A través del acceso evidente que tuvieron al procedimiento anulatorio se ampara su derecho a la tutela judicial; a partir de ahí, lo que debe protegerse es la seguridad jurídica⁷⁷.

Sólo cuando la legitimación activa *ex artículo 230 del Tratado CE* de un tercero no haya existido o simplemente no haya sido manifiesta, cabrá que éste invoque la ilegalidad de una decisión comunitaria ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos, en la medida en que duden de la validez de dicha medida, pongan en marcha el mecanismo del artículo 234 del Tratado CE para consultar al TJCE al respecto.

⁷⁵ Queremos insistir en que es el principio de seguridad jurídica (que se encuentra detrás del establecimiento de un plazo para la interposición del recurso de anulación) y no el respeto del plazo del artículo 230 del Tratado CE en cuanto tal lo que impide la impugnabilidad en todo momento de los actos. No parece verlo así G. VANDERSANDEN, quien considera que la jurisprudencia analizada «équivaux à faire prévaloir le respect d'une règle de procédure —en l'occurrence un délai— sur la question plus fondamentale de l'illégalité d'un acte et des conséquences qui peuvent s'en suivre» («La protection juridictionnelle...» *op. cit.*, p. 126).

⁷⁶ STJCE de 9.3.1994, as. *TWD*, cit., f.j. 25; STJCE de 30.1.1997, as. *Wiljo*, cit., f.j. 24; STJCE de 15.2.2001, as. *Nachi*, cit., f.j. 40.

⁷⁷ Lógicamente, la preservación del derecho a la tutela judicial efectiva exigirá una apreciación extremadamente rigurosa del carácter indubitado del *locus standi* de esos terceros en el recurso de anulación (v., en este sentido, TRIDIMAS, T., *The General Principles... op. cit.*, p. 168).

Suponiendo que el destinatario de esa decisión impugnada por un tercero y objeto de la cuestión prejudicial fuese un Estado miembro, lo que se planteará entonces es si éste puede, al amparo del artículo 23 del Estatuto del TJCE, presentar observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia abogando por la ilegalidad de la decisión o si el hecho de no haber interpuesto un recurso de anulación en su momento le desposee también de esta facultad. En relación con este particular, nos sumamos a la opinión de D. Anderson, quien considera que tal intervención debería ser admitida, porque, por un lado, «the alternative would be to impose a remarkable restriction on (...) the right of Member States (...) to comment upon the issues raised by a preliminary reference», y, por el otro, «where the challenge has already been legitimately brought by a person not directly and individually concerned, the damage to legal certainty has already been done and cannot be worsened by the intervention of a party which did have standing to commence a direct action»⁷⁸.

De esta construcción se desprendería que frente a las medidas de alcance individual, por tanto, frente a lo que técnicamente denominaríamos «actos» por oposición al concepto de «normas», la cuestión prejudicial sólo se justificaría para proteger el derecho a la tutela judicial efectiva. Si tal derecho ya ha sido amparado, no ha lugar a la remisión de la cuestión prejudicial.

Hasta aquí, nada que objetar al planteamiento del Tribunal de Justicia. Distinta es la situación cuando de los actos pasamos a la disposiciones de alcance general.

2. A FAVOR DEL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DEL RECURSO DE ANULACIÓN Y DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL CASO DE LAS MEDIDAS DE ALCANCE GENERAL

Al elaborar su jurisprudencia el Tribunal no ha tenido en cuenta si, en cada caso, se enfrentaba a disposiciones generales o a actos individuales, construyendo una doctrina única. No es que el Tribunal no haya reparado en la distinta naturaleza jurídica que pueden presentar los actos *lato sensu* que emanan de las instituciones comunitarias, sino que, conscientemente, ha evitado modular su respuesta a la cuestión de las relaciones entre los mecanismos directos e indirectos de control de la legalidad del Derecho derivado a la luz de este aspecto. En el asunto

⁷⁸ *References to the European Court*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, p. 119.

National Farmers' Union Francia, en sus observaciones escritas, hizo valer expresamente el carácter normativo de las dos decisiones de la Comisión contra las que en su momento no presentó un recurso de anulación y cuya ilegalidad suscitó ante los jueces nacionales y el Tribunal no por ello modificó su jurisprudencia, sino que, al contrario, se reafirmó en la firmeza de las decisiones con respecto al destinatario que no las impugnó al amparo del artículo 230 del Tratado CE⁷⁹.

En su aplicación a las normas, la jurisprudencia del TJCE, impecable cuando se refiere a los actos, debe ser criticada⁸⁰. En nuestra opinión, una parte debe poder cuestionar ante los tribunales nacionales la validez de una medida de alcance general al margen de que en su momento hubiese podido interponer un recurso de anulación y se hubiese abstenido de hacerlo. Del mismo modo, y con mayor motivo, puesto que la cuestión prejudicial no deja de ser una herramienta que el artículo 234 del Tratado CE pone a disposición de los jueces nacionales, un tribunal de un Estado miembro debería poder elevar al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial para trasladarle sus dudas acerca de la validez de la disposición normativa de que se trate.

⁷⁹ Quien sí parece introducir una distinción según se trate de actos o de normas es F. JACOBS en sus conclusiones en el asunto *TWD*; el Abogado General británico justifica así la diferente solución que propone al TJCE en este asunto con respecto a la adoptada por el Tribunal en el asunto *Universidad de Hamburgo*. Esta línea argumental desaparece, sin embargo, del discurso de F. JACOBS en conclusiones posteriores.

⁸⁰ J. GARCÍA LUENGO también distingue entre actos administrativos y normas para, en el caso de los primeros, sostener la inadmisibilidad de cualquier impugnación fuera del plazo del artículo 230 del Tratado CE por parte de quienes pudieron recurrir a esta vía y, en el caso de las normas, apostar por lo contrario (*El recurso comunitario de anulación... op. cit.*, pp. 85-96 y 118-128). Este planteamiento es excepcional. Los autores suelen criticar la posición del TJCE de manera general, sin distinguir según se refiera a actos o a disposiciones generales; sus objeciones se basan en el atentado que supone a las prerrogativas del juez nacional y en el debilitamiento de la posición de los justiciables (así, USHER, J. A., «Preliminary Rulings...» *op. cit.*, p. 108; BEBR, G., «Direct and Indirect Judicial Control...» *op. cit.*, p. 96; TESAURO, G., «The Effectiveness of Judicial Protection...» *op. cit.*, p. 16; SIMON, D., *op. cit.*, p. 440; TURNER, S., «Challenging EC Law...» *op. cit.*, pp. 78 y 86; WAELBROECK, M., «Le contrôle incident de la légalité des actes communautaires», en *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario*, Bruylant, Bruselas, 1997, pp. 135-141, p. 139; BARAV, A., «Le juge et le justiciable», en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffrè, Milán, 1998, vol. II, Diritto dell'Unione europea, pp. 1-74, p. 37; MANCINI, G. F. y CURTI GIALDINO, C., «Brevi note in tema di abuso del processo comunitario», *RDE*, 1998, n.º 2, pp. 245-253, p. 251; y, VANDERSANDEN, G., «La protection juridictionnelle...» *op. cit.*, p. 126).

Piénsese que, en el caso de las normas, precisamente por la extensión de su ámbito personal de aplicación, es especialmente importante que, si padecen alguna irregularidad, se puedan eliminar del ordenamiento jurídico. Ante las normas se impone proteger el principio de legalidad, favoreciendo la expulsión del ordenamiento jurídico de las previsiones viciadas. R. Alonso García sostiene a propósito de las disposiciones generales: «en cuanto no se limitan a aplicar el ordenamiento jurídico sino que son parte integrante del propio ordenamiento, no pueden permanecer en él viciadas de ilegalidad, pues supondría dejar abiertas las puertas a sucesivas aplicaciones individuales igualmente ilegales»⁸¹. La defensa de la legalidad del ordenamiento y del orden jurídico pasa por admitir el control permanente de la legalidad de las disposiciones generales. J. García Luengo habla de la «imposibilidad de una supuesta firmeza de la norma nula» y afirma, en este sentido, que «la norma ilegal no adquiere resistencia a la declaración de su nulidad por el mero hecho de que hayan concluido los plazos para su impugnación directa»⁸².

Esta es una idea presente en nuestro Derecho interno. En el ordenamiento español las disposiciones reglamentarias o son válidas o son nulas, pero no pueden ser anulables. Esto es así no por casualidad ni por un capricho del legislador, sino porque la nulidad de pleno Derecho implica la posibilidad de que la Administración, de oficio o a instancia de parte, revoque en cualquier momento, sin límite temporal alguno, las disposiciones generales irregulares.

Si en el caso de los actos individuales la cuestión prejudicial sirve para la protección de la tutela judicial (de ahí que no quepa su interposición cuando este bien ya haya sido objeto de protección por otras vías), frente a las normas la cuestión prejudicial debería desempeñar una segunda función. A nuestro entender, frente a las disposiciones generales la cuestión prejudicial debería operar como un mecanismo de control permanente de la legalidad⁸³. Por eso, ante este tipo de medidas, los órganos jurisdiccionales nacionales deberían poder elevar la cuestión prejudicial (un instrumento, insistimos, a su servicio) siempre que tuvieran dudas acerca de la validez de un acto (*lato sensu*) de Derecho comunitario,

⁸¹ *Derecho comunitario... op. cit.*, p. 387.

⁸² *El recurso comunitario de anulación... op. cit.*, pp. 93-94.

⁸³ El alcance *erga omnes* de las sentencias dictadas por el TJCE *ex* artículo 234 del Tratado CE declarando la invalidez de una medida comunitaria viene a demostrar que su función no es proteger el derecho a la tutela judicial, sino constituir un mecanismo de control permanente de la legalidad.

sin pararse siquiera a considerar si una de las partes en el litigio pendiente ante ellos pudo o no interponer en su momento un recurso de anulación, ni detenerse en otros aspectos, como si ha sido la parte que tuvo acceso al artículo 230 del Tratado CE quien les ha infundido la duda acerca de la legalidad de la norma en cuestión o si va a ser esa parte la beneficiada por una eventual declaración de invalidez de aquélla por parte del TJCE.

En realidad, no es sólo que la actuación negligente de una parte no habría de afectar a la facultad del juez *a quo* de poner en práctica el artículo 234 del Tratado CE, sino que, yendo más allá, pensamos que el hecho de haber podido solicitar directamente al Tribunal de Justicia la anulación de una disposición de alcance general ni siquiera impide a la instancia de que se trate invocar su ilegalidad ante los jueces nacionales.

En relación con esto último, debe señalarse que, en el Derecho español, la posibilidad de impugnar directamente una disposición reglamentaria dentro del plazo de dos meses establecido por la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no excluye la posibilidad de que el sujeto en cuestión, más tarde, discuta indirectamente la validez de tal norma con ocasión de un recurso dirigido contra un acto de aplicación de la misma. El artículo 26 (apartado 1) de la Ley 29/1998 dispone a este respecto: «Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho». En estos casos, las situaciones pueden ser dos: que el juez competente para conocer del acto impugnado hubiese sido el competente para conocer directamente del recurso contra la norma reglamentaria o que no fuese así. En el primer caso (si el juez reúne, pues, ambas competencias), anulará el acto impugnado y el reglamento que le sirve de cobertura. En el segundo, anulará el acto e inaplicará la disposición general; una vez que la sentencia devenga firme, deberá (se trata de una obligación), además, plantear una cuestión de ilegalidad ante el juez competente para conocer del recurso directo contra la disposición, quien, de estimarla, la anulará⁸⁴.

⁸⁴ La figura de la cuestión de ilegalidad se encuentra regulada en los artículos 27 y 123 a 126 de la Ley 29/1998.

Un aspecto que nos gustaría destacar, ya que hemos sacado a colación nuestro ordenamiento interno, es que, a diferencia de lo que sucede en el sistema comunitario, en el Derecho español la impugnación indirecta de una disposición general conduce, de manera más o menos inmediata (según cuál sea el alcance de la competencia

Recuperando el hilo de nuestro discurso, desearíamos añadir tres ideas en relación con la apuesta que hacemos a favor de la autonomía del recurso de anulación y la cuestión prejudicial de validez cuando están en juego disposiciones de alcance general.

En primer lugar, el artículo 241 del Tratado CE, que permite la impugnación incidental sin límite temporal alguno de los reglamentos y, en general, de las medidas de alcance general, avala, cualquier que sea la posición que adoptemos acerca de la finalidad del mecanismo contemplado en este precepto y, por tanto, de quiénes están legitimados para servirse de él, la idea de que frente a las normas es particularmente importante asegurar la legalidad del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, es oportuno señalar que nuestra postura favorecedora del principio de legalidad no supone necesariamente el sacrificio del principio de seguridad jurídica. Como es conocido, cuando actúa en el marco de la competencia que le confiere el artículo 234 del Tratado CE, el Tribunal cuenta con medios para preservar este bien; nos referimos, más concretamente, a la facultad de que dispone de limitar los efectos retroactivos que, en principio, tienen sus pronunciamientos prejudiciales⁸⁵.

En tercer lugar, quisiéramos llamar la atención sobre la circunstancia de que, así como en el caso de las decisiones el TJCE ha sostenido que, una vez que devienen firmes por falta de impugnación *ex* artículo 230 del Tratado CE, «vinculan» a los tribunales nacionales, nada parecido ha dicho cuando se ha referido a reglamentos o directivas a los que

del juez ante el que se impugna el acto de aplicación), a su anulación. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica (ese bien cuya salvaguarda tanto importa al TJCE), este resultado es ciertamente más satisfactorio que el que se produce en Derecho comunitario cuando el TJCE, en el marco de los artículos 234 o 241 del Tratado CE, estima que el acto objeto de, respectivamente, la cuestión prejudicial o la excepción de ilegalidad adolece de alguno de los vicios referidos en el artículo 230 del Tratado CE. Como de todos es sabido, en estos casos el Tribunal de Luxemburgo no anula el acto en cuestión, sino que se limita a declararlo inválido (cuestión prejudicial) o a inaplicarlo (excepción de ilegalidad); lo que significa que, en ambos casos, el acto continúa subsistiendo, hasta su derogación por parte de la institución autora.

Un crítica reciente a las insuficiencias de la excepción de ilegalidad a efectos depuradores del ordenamiento en ALONSO GARCÍA, R., «El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional», en CARTABIA, M.; DE WITTE, B. y PÉREZ TREMPES, P. (eds.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 637-690, p. 656.

⁸⁵ V., en este sentido, BEBR, G., «Direct and Indirect Judicial Control...» *op. cit.*, p. 96.

ha atribuido carácter definitivo frente a quien pudo sin ningún género de dudas interponer un recurso de anulación contra ellos. En otras palabras, el Tribunal ha podido afirmar que un reglamento o una directiva han devenido firmes con respecto a un sujeto y que éste no puede cuestionar su legalidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales, pero no ha llegado nunca a declarar que esto afecte a las facultades de tales órganos, privándoles de la posibilidad de cuestionarse ellos mismos la ilegalidad de esa medida o despojándoles de la facultad que les atribuye el artículo 234 del Tratado CE de dirigirse al TJCE⁸⁶.

Si del ámbito de la cuestión prejudicial nos desplazamos al de la excepción de ilegalidad, ¿qué decir de la relación entre el recurso de anulación y la excepción de ilegalidad, un instituto que sólo opera en relación con las disposiciones de alcance general?

3. RECHAZO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD CON RESPECTO AL RECURSO DE ANULACIÓN

La respuesta a la pregunta con la que cerrábamos el apartado anterior depende de la función que se reconozca a la excepción de ilegalidad en el sistema de vías procesales comunitarias. En efecto, si la excepción de ilegalidad se configura como un mecanismo que tiene como única finalidad la salvaguarda de la tutela judicial, entonces habrá que convenir que las instancias que pudieron interponer un recurso de anulación contra un reglamento, una directiva o una decisión de naturaleza normativa no deberían poder servirse del artículo 241 del Tratado, pues ya contaron con el artículo 230 y la conclusión será, por tanto, que la

⁸⁶ A este respecto, desearíamos añadir que las afirmaciones que sobre este particular hace el Abogado General F. JACOBS en sus conclusiones a los asuntos *TWD* y *Nachi* nos parecen asumibles sólo en la medida en que se circunscriban a las circunstancias de estos dos casos, que tenían por objeto una decisión de alcance individual (requiriendo a Alemania para que reclamase la restitución de las ayudas ya concedidas a *TWD*) y un reglamento antidumping que con respecto a *Nachi* tenía alcance individual. En sus conclusiones en *TWD* F. JACOBS declaró: «Sería un error dañar la cohesión del sistema de vías procesales para preservar la facultad presuntamente discrecional de los tribunales nacionales para poner en tela de juicio de validez de cualquier decisión adoptada por una institución comunitaria» (punto 25). En *Nachi* sostuvo: «Siempre que no haya ninguna duda acerca de que el demandante podía haber interpuesto un recurso directo, pero no lo hizo (...), los órganos jurisdiccionales nacionales deben negarse a plantear una petición de decisión prejudicial sobre la validez del acto de base, ya que el resultado puede determinarse de antemano» (punto 77).

relación entre el recurso de anulación y la excepción de ilegalidad es de exclusión. Al contrario, si consideramos que la finalidad de la excepción de ilegalidad es también la depuración del ordenamiento jurídico en defensa de la legalidad comunitaria, entonces concebiremos el recurso de anulación y la excepción de ilegalidad como vías autónomas y aceptaremos que incluso quien pudo presentar el recurso de anulación y se abstuvo de hacerlo pueda más tarde cuestionar incidentalmente la validez de la medida de que se trate ante el TJCE.

Somos conscientes del intenso debate doctrinal existente acerca de cuál es la finalidad de la figura contemplada en el artículo 241 del Tratado CE e, íntimamente conectado con esta cuestión, acerca de quiénes pueden utilizarla y, por tanto, acerca de su relación con el recurso de anulación; somos también conscientes de la ambigüedad mostrada por el Tribunal de Justicia en relación con todos estos aspectos. Debiendo adoptar una postura en este punto, las consideraciones efectuadas acerca de la conveniencia de salvaguardar la legalidad del ordenamiento cuando están en juego medidas de naturaleza normativa quizás nos inclinen a defender el carácter de vías autónomas de los mecanismos de los artículos 230 y 241 del Tratado CE y a aceptar que incluso los demandantes privilegiados del recurso de anulación puedan utilizar la excepción de ilegalidad⁸⁷. Este argumento principal podría ir acompañado de otros manejados por la doctrina, como: el tenor literal del artículo 241 del Tratado CE, que, cuando se refiere a los legitimados para cuestionar incidentalmente ante el TJCE la legalidad de un reglamento, habla de «cualquiera de las partes de un litigio»; el hecho de que las irregularidades de los actos generales con frecuencia no aparecen hasta su aplicación a casos concretos; el principio según el cual las disposiciones del Tratado relativas al derecho de recurso de los justiciables no pueden ser interpretadas restrictivamente; o, la circunstancia de que obligar a los Estados a actuar contra una medida general dentro del breve plazo previsto en el

⁸⁷ Hacemos aquí nuestra la opinión de R. ALONSO GARCÍA (*Derecho comunitario... op. cit.*, pp. 384-390) y de J. GARCÍA LUENGO (*El recurso comunitario de anulación... op. cit.*, pp. 84-96) acerca de la función y de los sujetos que pueden alegar una excepción de ilegalidad. En contra, J. CARRERA HERNÁNDEZ, *La excepción de ilegalidad... op. cit.* Este último autor facilita un resumen de las razones esgrimidas por la doctrina para negar o, al contrario, defender el empleo del artículo 241 del Tratado CE por parte de los demandantes privilegiados del artículo 230 del Tratado CE (*ibid.*, pp. 43-47). Quienes sostienen esta posibilidad constituyen la doctrina dominante.

artículo 230 del Tratado CE, mientras que las personas podrían alegar su ilegalidad sin límite temporal, conduciría a reconocer a los segundos derechos más amplios que a los primeros, lo que es contrario al sistema establecido por el Tratado.

Quienes atribuyen a la excepción de ilegalidad la función exclusiva de proteger el derecho a la tutela judicial efectiva (negando, en consecuencia, a los legitimados del artículo 230 la posibilidad de servirse de esta figura) suelen ver en el alcance *inter partes* de la estimación de la excepción de ilegalidad una confirmación de sus tesis. Sin embargo, a nuestro modo de ver, el valor de la sentencia *ex* artículo 241 del Tratado CE trasciende el caso concreto.

Es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal y tal y como deja traslucir el Tratado, que habla de la «inaplicabilidad» del reglamento atacado a título incidental, el efecto de la excepción de ilegalidad no es la anulación del reglamento, sino su inaplicación en el asunto en cuyo marco se cuestionó su validez. Pero es igualmente cierto que, como señalábamos, la fuerza de la sentencia trasciende el caso concreto. Así, si un juez de un Estado miembro planteara una cuestión prejudicial interrogando al TJCE sobre la validez un reglamento que, en su momento, el Tribunal consideró ilegal *ex* artículo 241 del Tratado CE, éste, más que probablemente, responderá mediante auto remitiéndose a su anterior pronunciamiento.

En realidad, el valor de las sentencias *ex* artículo 241 del Tratado CE es el mismo que el de las sentencias prejudiciales, con respecto a las cuales nadie duda en atribuirles unos efectos *erga omnes*. Formalmente la sentencia prejudicial sólo obliga al juez remitente; lo que sucede es que, como ha proclamado el propio Tribunal de Luxemburgo, una sentencia constatando la invalidez de un acto de una institución «constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre»⁸⁸. Las sentencias dictadas en virtud del artículo 241 del Tratado CE tienen, nos parece, esa misma *vis expansiva*; atribuirles unos efectos únicamente respecto del litigio pendiente ante el TJCE y que sirve de marco para el planteamiento de la excepción de ilegalidad es un planteamiento puramente formal, que ignora la realidad que hemos apuntado.

En otro orden de consideraciones, hemos de confesar nuestras dudas

⁸⁸ STJCE de 13.5.1981, as. *International Chemical Corporation*, 66/80, f.j. 13, *Rec.* pp. 1191 ss.

acerca de si el carácter complementario con que tendemos a concebir el recurso de anulación y la excepción de ilegalidad implica que un Estado pueda hacer valer la ilegalidad de la medida general cuyo incumplimiento se le reprocha para rehuir una condena del Tribunal en virtud del artículo 226 del Tratado CE. Sabemos que los autores que defienden el acceso de los Estados al artículo 241 del Tratado CE admiten, de manera generalizada, esta posibilidad⁸⁹; sin embargo, hay una idea que nos parece seductora y es la siguiente: debido a la presunción de validez de la que gozan los actos que emanan de las instituciones comunitarias (y que se mantiene en pie mientras el TJCE no acabe con ella), los Estados miembros están obligados a respetar tales actos. En este sentido, pese a que un acto adolezca de alguno de los vicios del artículo 230 del Tratado CE, los países de la UE deberían actuar de conformidad con ellos y no podrían evitar una condena por incumplimiento por más que aleguen que la medida en cuestión es ilegal y por más que tal alegación sea fundada.

Serían, en su caso, estas consideraciones (y no la afirmación -que repudiamos- del carácter subsidiario de la excepción de ilegalidad con respecto al recurso de anulación) las que nos llevarían a aplaudir la declaración del TJCE de que un Estado «no puede prevalerse de la ilegalidad de una Directiva cuyo incumplimiento le es imputado»⁹⁰ y a criticar su actuación en el varias veces citado asunto *Comisión c. Alemania*, resuelto por sentencia de 18 de septiembre de 1986, en la que entró a analizar si el reglamento de cuya infracción se acusaba a este país adolecía o no de los vicios de ilegalidad que este último denunciaba⁹¹.

⁸⁹ V., así, WAELBROECK, M., «Article 184», en *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 10, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1993, pp. 387-394, p. 391 y todos los autores citados por él; además de ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario... op. cit.*, p. 388; LIÑÁN NOGUERAS, D.J., en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2004, 4ª ed., p. 472; o, PALACIO GONZÁLEZ, J., *Derecho procesal y del contencioso comunitario*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 302.

⁹⁰ STJCE de 27.10.1992, as. *Comisión c. Alemania*, cit.

⁹¹ Independientemente de la postura que adopte cada cual acerca de la función de la excepción de ilegalidad y de su eventual empleo en el marco de los artículos 226 y 227 del Tratado CE, lo cierto es que no se entiende la ambigüedad que mantiene el Tribunal en relación con la utilización por parte de los Estados de este instituto en el marco de recursos por incumplimiento referidos a reglamentos. Si tratándose de directivas y de decisiones normativas ha llegado a la conclusión de que tal utilización no era posible, ¿por qué debería ser distinta la solución en el caso de los reglamen-

V. CONCLUSIONES

Resumiendo nuestra opinión, los medios directos e indirectos de control de la legalidad del Derecho comunitario derivado deben considerarse mecanismos complementarios, de modo que la posibilidad (no ejercitada) de haber podido interponer un recurso de anulación no cierra la vía a la cuestión prejudicial de validez ni a la excepción de ilegalidad. Este carácter cumulativo desaparece cuando entra en juego la «doctrina del acto consentido» (lo que supone que las decisiones de alcance individual no recurridas directamente ante el Tribunal de Justicia por su destinatario o por quien, sin ningún género de dudas, contaba con legitimación activa en virtud del artículo 230 del Tratado CE «vinculan» a los órganos jurisdiccionales nacionales). Además, aunque aquí nos manifestamos en términos más dubitativos, no está dicho que tal carácter cumulativo implique que un Estado pueda poner en tela de juicio la validez de una medida de cuya violación le acusa la Comisión para eludir una sentencia condenatoria del Tribunal *ex* artículo 226 del Tratado CE.

La negación del carácter subsidiario de los mecanismos del artículo 234 y del artículo 241 del Tratado CE con respecto al recurso de anulación supone que, por muy «demandantes privilegiados» que sean en el marco del artículo 230 del Tratado CE, los Estados podrían impugnar la validez de los reglamentos, de las directivas o de las decisiones de naturaleza normativa ante los tribunales nacionales y ante el TJCE y que, por supuesto, los primeros podrían (y, en su caso, deberían) elevar la

tos? El tenor literal del artículo 241 del Tratado CE, que, efectivamente, contempla como único acto susceptible de ser objeto de la excepción de ilegalidad los reglamentos, no puede ser determinante a estos efectos, porque (y seguimos con los interrogantes) ¿desde cuándo el Tribunal se ha encomendado como único criterio interpretativo a la literalidad de los preceptos del Tratado CE? Las sentencias en los míticos asuntos *Los Verdes* (STJCE de 23.4.1986, 294/83, *Rec.* pp. 1339 ss.) o *Chernobyl* (STJCE de 22.5.1990, C-70/88, *Rec.* pp. I-2041 ss.) son dos de los infinitos pronunciamientos en los que el Tribunal ha efectuado una lectura de los Tratados carente de sustento en su redacción, cuando no, en abierta oposición con él. Es más, una interpretación que tuviera únicamente en cuenta el tenor literal habría debido conducirlo, en el caso del artículo 234 del Tratado, a aceptar que cualquier acto pudiese ver cuestionada su legalidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales (el artículo se refiere a «la validez ... de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y del BCE» —énfasis añadido—) y, sin embargo, como hemos podido comprobar, no ha sido así.

pertinente cuestión prejudicial al TJCE si tuvieran dudas acerca de la conformidad a Derecho de una medida de este tipo.

Por otra parte, la extensión del *ius standi* de los particulares en el recurso de anulación frente a las medidas que revisten un carácter general, ya sea por la vía de la revisión de los Tratados ya sea por la vía de la flexibilización del criterio de la «afectación individual», no debería suscitar el menor recelo, pues en nada disminuiría la efectividad de los artículos 234 ó 241 del Tratado CE.

Por último, se impone señalar que la proclamación del carácter complementario de los medios directos e indirectos de control de la legalidad de las medidas que emanan de las instituciones de la CE no deja sin sentido la distinción entre «ilegalidad» e «inexistencia». Esta clasificación sigue siendo pertinente, toda vez que, ante una decisión de alcance individual que, por padecer unos vicios graves y evidentes, merezca la consideración de «inexistente», cabrá que su destinatario cuestione su legalidad ante los jueces nacionales y que estos eleven la correspondiente cuestión prejudicial de validez (la «doctrina del acto consentido» deja así de operar). Además, es incuestionable que los Estados podrán ampararse en la inexistencia de cualquier medida para defenderse de un eventual recurso por infracción (desaparecería, pues, el eventual obstáculo que podría representar la presunción de validez de los actos comunitarios).

EL RECURSO DE ANULACIÓN, LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE VALIDEZ Y LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD: ¿VÍAS COMPLEMENTARIAS O ALTERNATIVAS?

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la jurisprudencia del TJCE relativa a la relación entre las vías de control directo (recurso de anulación) e indirecto (cuestión prejudicial de validez y excepción de ilegalidad) de la legalidad del Derecho derivado. De la misma resulta que, una vez expirado el plazo de dos meses previsto en el artículo 230 del Tratado CE, quienes pudieron interponer un recurso de anulación contra una determinada medida y se abstuvieron de hacerlo no podrán cuestionar incidentalmente su validez ni ante los órganos jurisdiccionales nacionales ni ante el propio TJCE. Sólo cuando la medida en cuestión padezca unos vicios particularmente graves y evidentes, que permitan considerarla «inexistente», la expiración del plazo del artículo 230 del Tratado CE no producirá esos efectos de caducidad para las instancias a las que este precepto reconoce un *ius standi*.

En el artículo se estudian algunas consecuencias que se derivan de esta doctrina jurisprudencial. Una de ellas es la necesidad de sopesar con cuidado si interesa

extender la legitimación activa de los particulares en el marco del artículo 230 del Tratado CE, ya que tal ampliación implicará la disminución de las posibilidades de aquellos de utilizar o de beneficiarse de las figuras previstas en los artículos 234 y 241.

La autora defiende que los medios directos e indirectos de control de la legalidad del Derecho comunitario derivado deberían considerarse mecanismos complementarios, de modo que la posibilidad (no ejercitada) de haber podido interponer un recurso de anulación no debería cerrar la vía a la cuestión prejudicial de validez ni a la excepción de ilegalidad. Este carácter cumulativo desaparecería sólo cuando entrara en juego la «doctrina del acto consentido», aplicable a las decisiones de alcance individual.

PALABRAS CLAVE: Recurso de anulación, Cuestión prejudicial de validez, Excepción de ilegalidad, «Teoría de la inexistencia del acto».

LE RECOURS EN ANNULATION, LE RENVOI PREJUDICIEL ET L'EXCEPTION D'ILLEGALITE: VOIES COMPLEMENTAIRES OU ALTERNATIVES?

RÉSUMÉ: Le présent travaux analyse la jurisprudence de la CJCE concernant le rapport entre les voies directes (recours en annulation) et indirectes (renvoi préjudiciel et exception d'illégalité) qui assurent le contrôle de la légalité du droit dérivé. Selon la Cour, après l'expiration du délai de deux mois prévu par l'article 230 du traité CE, ceux qui auraient pu introduire un recours contre un certain acte et ne l'ont pas fait ne peuvent pas soulever incidemment sa légalité ni devant les juridictions nationales ni devant la Cour. Seulement quand l'acte en question soit affecté de vices particulièrement graves et évidents, qui permettent de le qualifier d'«inexistant», l'écoulement du délai de l'article 230 du traité CE ne produira de tels effets de caducité à l'égard des instances auxquelles cette disposition reconnaît un *ius standi*.

Dans l'article sont étudiées certaines conséquences dérivées de cette doctrine jurisprudentielle. Parmi les autres, la nécessité de peser mûrement s'il vaut la peine d'accroître la légitimation active des particuliers dans le cadre de l'article 230 du traité CE, étant donné qu'une telle extension impliquerait une réduction des possibilités de ceux-la d'employer ou de se bénéficier des procédures envisagées aux articles 234 et 241.

L'auteur soutient que les moyens directs et indirects de contrôle de la légalité du droit communautaire dérivé devraient être conçus en termes complémentaires, de telle façon que la possibilité (non exercée) d'avoir pu introduire un recours en annulation ne ferme pas la voie au renvoi préjudiciel ni à l'exception d'illégalité. Ce caractère cumulatif disparaîtrait seulement quand entre en jeu la «doctrina de l'acte consenti», applicable aux décisions individuelles.

ANNULMENT ACTIONS, PRELIMINARY REFERENCES AND PLEAS
OF ILLEGALITY: COMPLEMENTARY OR ALTERNATIVE PROCEEDINGS?

ABSTRACT: The present work analyses the case-law of the ECJ concerning the relationship between direct (annulment actions) and indirect (preliminary references and pleas of illegality) means to review the legality of secondary law. Following this case-law, the expiry of the two months period laid down in Article 230 EC Treaty precludes those who could have brought an annulment action against a certain act, but refrained from doing it, to incidentally challenge the validity of that measure either in a national court or in the European Court. Only in cases in which an act is affected by particularly serious and obvious defects, that make it non-existent, the expiry of the Article 230 EC Treaty time-limit will not have such caducity effects upon those having *locus standi* under that provision.

Some consequences derived from this doctrine are studied in this paper. One of them is the need to carefully consider the convenience of increasing the right of natural or legal persons to bring review proceedings, as this extension will diminish their possibility to use or take advantage of Articles 234 and 241.

The author states that direct and indirect means to review the legality of acts adopted by the EC institutions should be considered complementary mechanisms, such that the possibility (non-exerted) to bring an annulment action should not preclude the way to preliminary references or pleas of illegality. This cumulative character would only disappear when the «doctrine of consented act», applicable to individual decisions, comes into play.

KEYWORDS: Annulment Actions; Preliminary References; Pleas of Illegality; Non-Existent Acts.