



Universida International Menéndez Pelayo – Santander (España)

Tribunal Supremo de España

Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne

Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union

La convergencia de las jurisdicciones administrativas supremas de la Unión Europea en la aplicación del Derecho Comunitario

El papel de las jurisdicciones administrativas supremas (Consejos de Estado y Tribunales Supremos) en la presente y en la futura arquitectura judicial europea

Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Magistrado del Tribunal Supremo de España

Antiguo letrado del Tribunal Constitucional español y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

SANTANDER

8-9-10 septiembre de 2008



I. La construcción del orden jurídico comunitario: una tarea compartida

A. Introducción

1. Para hablar del entramado jurisdiccional de la Unión Europea conviene empezar contando una historia, archisabida, pero que no hay que olvidar, sobre todo en un foro en el que se reúnen jueces de distintos Estados miembros.

El punto en el que hoy se encuentra, con sus luces y con sus sombras, el empeño común para construir un ordenamiento jurídico compartido en el Viejo Continente ha sido, es y seguirá siéndolo, en muy buena medida, una tarea de jueces, de jueces comunitarios: unos, desde su sede luxemburguesa, actuando como un faro a través de los instrumentos procesales diseñados en los tratados; otros, ejerciendo su jurisdicción interna en sus respectivos países sin olvidar que en el sistema de fuentes se integra el acervo jurídico procedente de la Unión.

Esta doble perspectiva está hoy presente en el Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE»), tras las modificaciones aprobadas en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, cuyo artículo 19, apartado 1, después de indicar que corresponde al Tribunal de Justicia garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, dispone que los Estados miembros deben establecer las vías de recursos necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión.

2. Ello es así porque, cuando el 9 de mayo de 1950 Robert Schuman, a la sazón ministro francés de Asuntos Exteriores, propuso que Francia y Alemania compartieran sus producciones de carbón y de acero, para sentar bases comunes de desarrollo económico como punto de partida para la construcción de una Europa unida, eliminando las condiciones que contribuyeron al estallido de las dos guerras mundiales, **tenía en el horizonte no sólo a los Estados, sino también sus ciudadanos.**

Según Jean Monet, primer presidente de la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), *nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes.*

Los "padres fundadores" quisieron que la tarea se rigiera por el derecho, conforme a un marco diseñado de forma pactada, que permitiese adoptar decisiones ejecutivas, garantizando las oportunas vías de recurso.

Estas ideas, presentes en la *Declaración Schuman*, evocaban la figura de una instancia jurisdiccional, árbitro para dirimir las controversias jurídicas que surgieran en el camino que se iniciaba. El Tratado de la CECA, de 18 de abril de 1951, creó un Tribunal de Justicia (artículos 7, 31 y siguientes), Institución que los dos Tratados de Roma, de 25 de marzo de 1957, mantendrían: el Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (artículos 4, apartado 1, 164 y siguientes) y el de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (artículos 3, apartado 1, 136 y siguientes).

Gil Carlos Rodríguez Iglesias, presidente durante nueve fructíferos años del Tribunal de Justicia, ha señalado que las Comunidades Europeas, con una estructura inexplicable a la luz de la clásica división de poderes, cuentan, en cambio, con un auténtico poder judicial, integrado por órganos independientes.¹

3. Las competencias jurisdiccionales recogidas en los Tratados son de muy diversa índole, lo que ha permitido calificar a la jurisdicción comunitaria de multifacética, en la medida en que auna los rasgos de una jurisdicción internacional y las funciones peculiares de un tribunal administrativo con las correspondientes a un órgano de casación o a un tribunal constitucional.

Durante casi cuarenta años, esa tarea fue desenvuelta por un único órgano: el Tribunal de Justicia. En la actualidad, el universo judicial comunitario se compone del propio Tribunal de Justicia, del Tribunal de Primera Instancia (Tribunal General en la terminología del Tratado de Lisboa), que echó a andar en 1989, y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, primera de las salas jurisdiccionales surgidas al amparo del Tratado de Niza, cuya puesta en marcha se inició en octubre de 2005.

4. Desde Niza, cuyo diseño se reproducía, como pequeños matices, en el proyecto de Constitución para Europa, y se encuentra también presente en la reforma de Lisboa, se «constitucionaliza» el Tribunal de Primera Instancia, que, como su nuevo nombre revela (Tribunal General), se convierte en el órgano jurisdiccional llamado a tutelar (en única o en segunda instancia) los derechos que el ordenamiento comunitario reconoce a los ciudadanos y a los demás sujetos de derecho.

Al propio tiempo se potencia el papel del Tribunal de Justicia como órgano constitucional y de casación.

Pues bien, me interesa destacar en mi intervención estos dos aspectos, que se manifiestan, principalmente, **(a)** en el poder uniformador de la exégesis del derecho comunitario (cuestiones

¹ "El poder judicial en la Unión Europea", en *La Unión Europea tras la reforma*, Universidad de Cantabria, 1998, p. 15.

prejudiciales de interpretación, recursos de casación contra las sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal General y «reexamen» de las sentencias pronunciadas por dicho Tribunal en cuestiones prejudiciales o en casación contra las sentencias de las salas jurisdiccionales) y (b) en el monopolio para el rechazo de la normativa derivada contraria a los Tratados, bien por la vía de la cuestión prejudicial de validez, bien por el cauce del recurso de anulación cuando es instado por un Estado miembro o una Institución de la Unión (artículo 51 del Estatuto del Tribunal de Justicia).

El recurso de anulación, del que se ocupa el artículo 230 CE, configura un cauce adecuado a tal propósito, pero la cuestión prejudicial del artículo 234 CE se ofrece como la "llave maestra" del sistema judicial comunitario, convirtiendo en compartido un quehacer en apariencia solitario e implicando a los jueces nacionales en el proceso de elaboración de un orden jurídico nuevo. Robert Lecourt, presidente del Tribunal de Justicia entre 1967 y 1976, no se equivocaba al indicar que el reenvío prejudicial concilia la legítima autoridad del juez nacional con la necesaria unidad interpretativa del derecho comunitario.²

Dado que no encontramos en un foro cuyo objeto es la convergencia de las jurisdicciones administrativas supremas de la Unión Europea en la aplicación del derecho comunitario, me centraré principalmente en el papel jugado por el Tribunal de Justicia en el reenvío prejudicial.

5. Llegado a este punto, y antes de seguir adelante, conviene precisar que si el proyecto de Lisboa llega a cuajar, la estructura de la Unión en tres pilares desaparecerá. Esta circunstancia implica que se generaliza la disciplina de la cuestión prejudicial del artículo 234 CE, desapareciendo las limitaciones inherentes a los artículos 68 CE y 35 TUE, lo que no deja de tener especial trascendencia en ámbitos que, como la extranjería y la cooperación policial y judicial en materia penal, tocan directamente los derechos fundamentales del individuo.

B. El efecto directo

6. La anterior afirmación de Robert Lecourt, verdadera declaración de principios, presupone que asegurar el respeto del derecho comunitario no incumbe únicamente al Tribunal de Justicia, sino también, de manera especial, a los jueces de los Estados miembros, que, en su respectivo ámbito competencial, han de aplicarlo, para controlar su ejecución descentralizada por las distintas administraciones nacionales.

² *L'Europe des juges*, ed. Bruylant, Bruselas, 1976, p. 226.

Así pues, todos y cada uno de los titulares de la función jurisdiccional en los veintisiete Estados miembros reúnen la condición de juez comunitario. Ahora bien, tratándose de articular un inédito orden jurídico entre sistemas firmemente consolidados, con facilidad se comprenden las dificultades y, en particular, los riesgos de que un entendimiento dispar haga fracasar el empeño. Si no se consigue otorgar a la misma regla idéntica fuerza y sentido en todos los rincones de la Comunidad, la tarea unificadora resultaría vana y las barreras jurídicas continuarían alzadas.

7. Esta constatación pone de relieve el importante papel desempeñado por el Tribunal de Justicia que, situado en el corazón del sistema, ha proporcionado a través de los años respuestas a los delicados problemas surgidos en la construcción comunitaria, sin olvidar que esas soluciones se han ofrecido gracias a los interrogantes suscitados por los jueces nacionales.

Hubo que esperar hasta 1961, cuatro años después de los Tratados de Roma, para que se presentase una cuestión prejudicial; sin embargo, el primer pronunciamiento destacable fue relativamente madrugador: la sentencia *Van Gend and Loos*, de 5 de febrero de 1963,³ proclamó el efecto directo del derecho comunitario: la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del que los Estados miembros han limitado su soberanía, cuyos sujetos no son sólo estos últimos, sino también sus nacionales. De este modo, el derecho comunitario, que asigna deberes a los particulares, es susceptible de generar derechos individuales que se incorporen a su patrimonio jurídico, tanto cuando el Tratado los concede de modo explícito, como cuando impone de manera perfectamente definida obligaciones a otros administrados, a los Estados miembros o a las Instituciones.

C. La primacía del derecho comunitario

8. La atribución de efectos directos a las normas comunitarias llevaba implícito el reconocimiento de su primacía sobre el derecho interno, anunciada en la sentencia de 27 de febrero de 1962, *Comisión/Italia*,⁴ y proclamada en la de 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL*,⁵ en un litigio suscitado con ocasión de la nacionalización por Italia de su producción eléctrica.

9. El Tribunal de Justicia, retomando los argumentos de la sentencia *Van Gend and Loos* acerca de la cesión de soberanía en favor de la Comunidad y la especificidad de su ordenamiento, explicó que la

³ Asunto 26/62, Recopilación p. 1.

⁴ Asunto 10/61, Recopilación p. 1. Para el Tribunal de Justicia, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea prevalece, en las materias que regula, sobre los convenios celebrados antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros.

⁵ Asunto 6/64, Recopilación p. 1114.

integración de este último en los derechos nacionales tiene como corolario la imposibilidad de que los Estados miembros hagan prevalecer, contra un orden aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, añadiendo que la realización de los fines del Tratado quedaría en entredicho si la fuerza vinculante del derecho comunitario variase de un lugar a otro, dependiendo de legislaciones internas ulteriores. El Tribunal de Justicia apoyó su razonamiento en el artículo 189 del Tratado CE (actualmente artículo 249 CE), que, al conferir fuerza obligatoria a los reglamentos, impide que normas nacionales destruyan su impronta, pues de otro modo se pondrían en tela de juicio los basamentos de la Comunidad.

D. El problema de las directivas

10. El efecto directo y la primacía, como apuntó Gil Carlos Rodríguez Iglesias,⁶ no son meras técnicas para articular órdenes jurídicos diferentes, sino la expresión de la naturaleza de la Comunidad como una asociación de Estados, de pueblos y de ciudadanos; pero, dado el contexto en el que se dictaron las sentencias *Van Gend and Loos* y *Costa/ENEL*, existía la duda de si esas notas convenían a las directivas, que obligan en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*,⁷ reconoció la primacía de las directivas, resolviendo que, una vez expirado el plazo para su trasposición, un Estado miembro no puede aplicar a una persona que se ajusta a sus prescripciones el derecho interno aún no adaptado.

11. La oportunidad para pronunciarse sobre su efecto directo la brindó una ciudadana alemana, Ursula Becker, mediadora independiente en la negociación de créditos, quien solicitó la exención del impuesto sobre el valor añadido para el periodo de marzo a junio de 1979, al amparo del artículo 13, parte B, letra d), párrafo primero, de la Sexta Directiva reguladora de dicho tributo,⁸ que constriñe a los Estados miembros para dispensar esa clase de operaciones. Sostenía la Sra. Becker que esta exclusión formaba parte del derecho nacional desde el 1 de enero de 1979, límite para que el mencionado país acondicionara su normativa a las exigencias comunitarias, mientras que la Administración tributaria, de opinión distinta, se negó a otorgar el beneficio, girando unas liquidaciones contra las que la interesada recurrió. En estas circunstancias, el Finanzgericht (tribunal

⁶ *Op. cit.* p. 21.

⁷ Asunto 148/78, Recopilación p. 1629.

⁸ Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 145, p. 1).

de lo contencioso-tributario) de Münster preguntó si la norma en cuestión era directamente aplicable en la República Federal Alemana desde la citada fecha.

La sentencia de 19 de enero de 1982, *Becker*,⁹ proporcionó una respuesta afirmativa, siguiendo un hilo argumental tan sencillo como irrefutable: las directivas carecen de efectos inmediatos, ya que su impacto llega a los particulares a través de las medidas adoptadas por cada Estado miembro. Ahora bien, cuando estos últimos no son diligentes y agotan el plazo señalado para trasponer sus normas o lo hacen incorrectamente, negarles toda efectividad sería incompatible con el carácter vinculante que el artículo 189 del Tratado CEE les atribuye.

El Tribunal de Justicia construyó el efecto directo de las directivas como una "sanción" automática a la elusión de sus deberes por los Estados miembros, quienes, en ausencia de trasposición o cuando esta última resulta incorrecta, no pueden esgrimir frente a los particulares su propio incumplimiento para negarles los derechos que la norma comunitaria les confiere de forma incondicional y precisa, siendo invocables ante los jueces nacionales.

12. Las directivas regulan todo tipo de relaciones jurídicas, tanto verticales, entre las instituciones públicas y los administrados, como horizontales, en las que los sujetos se conectan en pie de igualdad, con ausencia de toda prerrogativa de interés público o general. Habida cuenta del fundamento empleado para reconocer eficacia directa a este tipo de normas, cabría dudar de si tal cualidad puede predicarse también cuando disciplinan la segunda clase de vínculos. La sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall*,¹⁰ abordó este problema (se trataba del despido en contra del derecho comunitario¹¹ de una mujer que trabajaba para un organismo público británico), indicando que una directiva es siempre oponible frente al Estado, en cualquiera de las condiciones en las que actúe, como empresario o como entidad pública, pues debe evitarse que obtenga ventajas de haber ignorado el derecho comunitario.

No obstante, la solución difiere si las obligaciones originadas por la norma comunitaria recaen sobre otro administrado. En esta tesitura, el Tribunal de Justicia señaló que una directiva no crea, por sí sola, deberes a cargo de un ciudadano y que, por consiguiente, sus disposiciones no pueden invocarse, en su calidad de tales, contra dicha persona, a la que no ha de imputarse responsabilidad alguna en la falta de adaptación del derecho nacional.

⁹ Asunto 8/81, Recopilación p. 53.

¹⁰ Asunto 152/84, Recopilación p. 723.

¹¹ La Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción y a las condiciones de trabajo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 39, p. 40).

E. El principio de interpretación conforme

13. La primacía y el efecto directo del derecho comunitario desaconsejan, en esas situaciones, resignarse a la inaplicación de sus previsiones, pues semejante consecuencia podría dar al traste con los objetivos de los Tratados. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha destacado que el principio de lealtad recogido en el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE) impone a los Estados miembros la adopción de las medidas generales y especiales apropiadas para alcanzar los resultados previstos en las directivas, deber que incumbe a todas las autoridades nacionales, incluidas las judiciales.

Esta idea, plasmada en la sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*,¹² ha permitido al Tribunal de Justicia paliar las secuelas de la negación de efecto a una directiva en un litigio entre particulares, formulando la doctrina denominada de "la interpretación conforme", en cuya virtud, al aplicar el derecho nacional, el juez debe imbuir de significado a la norma comunitaria, ateniéndose de esta forma al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE. La sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*,¹³ abrió este camino.

14. Ahora bien, el Tribunal de Justicia no se ha limitado a enunciar ese principio, sino que ha ido más lejos, ofreciendo al juez que le había interrogado la solución concreta a la que debía llegar, porque, tratándose de otorgar efectividad al ordenamiento de la Comunidad, le corresponde especificar sus propósitos. Según la doctrina alemana,¹⁴ la primacía del derecho comunitario se extiende a su interpretación, lo que implica la prevalencia del sentido conferido por el Tribunal de Justicia sobre cualquier otro que pueda reconocerse a las normas nacionales destinadas a desarrollar la directiva.

La propia sentencia *Marleasing* es un buen ejemplo de esta tendencia. Marleasing SA instó la declaración de nulidad de un contrato de sociedad por falta de causa, por simulación y por haberse realizado en fraude de acreedores. La demandada se opuso, aduciendo que el artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE,¹⁵ carente de desarrollo en el derecho español y cuyo objetivo reside en restringir los casos de nulidad de las sociedades anónimas para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones con terceros, así como entre los socios, enumera taxativamente los supuestos de nulidad,

¹² Asunto 14/83, Recopilación p. 1891.

¹³ Asunto C-106/89, Recopilación p. I-4135.

¹⁴ Véase Götz, V.: «Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien – Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat» en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 1854.

¹⁵ Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (Diario Oficial de la Comunidades Europeas, L 65, p. 8).

entre los que no figura la ausencia de causa. El Tribunal de Justicia recordó al juez nacional su obligación de interpretar el derecho interno a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, con el propósito de *impedir que se declarara la nulidad de una sociedad por un motivo distinto de los enumerados en el referido artículo 11*.

Para satisfacer la sugerencia del Tribunal de Justicia se debían dejar inaplicados los artículos 1261 y 1275 del Código Civil español, que privan de toda eficacia jurídica a los contratos sin causa o con causa ilícita. Así lo hizo, precisamente, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, que había planteado la cuestión, desestimando la demanda en la sentencia de 23 de febrero de 1991, porque se basaba en un supuesto no previsto en la Directiva 68/151.

F. Hacia el efecto directo horizontal de las directivas

15. Esta última consecuencia se encontraba confirmada o recogida en la jurisprudencia comunitaria. La sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*,¹⁶ resolvió que a los jueces nacionales les compete garantizar la plena eficacia del derecho comunitario, dejando, si procede, inaplicadas cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aun posteriores, sin necesidad de esperar a su derogación o a su expulsión del mundo jurídico por algún procedimiento constitucional. El reverso de la misma moneda lo ofrece la sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*,¹⁷ según la que las autoridades nacionales han de tomar en consideración, incluso de oficio, las normas de una directiva, no obstante la existencia de reglas nacionales que las contradigan o que impidan su aplicación.

El diseño siempre es el mismo: asegurar la efectividad del derecho comunitario para alcanzar las metas de los Tratados.

16. La doctrina de "la interpretación conforme" y la potestad de inaplicar el derecho interno constituyen sendos desvíos provocados por la falta de reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas, que la doctrina ha criticado con cierta intensidad,¹⁸ en la medida en la que no dejan de poseer sus propios límites y pueden conducir a un resultado que frustre la meta a la que se aspira.

¹⁶ Asunto 106/77, Recopilación p. 629.

¹⁷ Asunto 103/88, Recopilación p. 1839.

¹⁸ Véanse Tridimas, T.: «Horizontal effect of directives: a missed opportunity», en *European Law Review*, 1994, pp. 621 y ss., especialmente, p. 635; Turnbull, E.: «The ECJ Rejects Horizontal Direct Effect of Directives», en *European Business Law Review*, 1994, pp. 230 y ss., especialmente, p. 233; Vilà Costa, B. en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1995, pp. 264 y ss., especialmente, p. 269; Bernard, N.: «The Direct Effect of Directives: Retreating from Marshall», en *Industrial Law Journal*, 1994, pp. 97 y ss., especialmente, p. 99; Turner, S.: «Horizontal Direct Enforcement of Directives Rejected», en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, pp. 244 y ss., especialmente, p. 246; Emmert, F. y Pereira de Azevedo, M.: «Les jeux sont faits: rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue pour la CJCE», en *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 11 y ss., especialmente, p. 19; Betlem, G.: «Medium Hard Law – Still No Horizontal Direct Effect of European Community Directives After Faccini Dori», en *The Columbia Journal of European Law*, 1995, pp. 469 y ss.,

Un buen ejemplo se encuentra en la sentencia de 26 de septiembre de 1996, *Arcaro*,¹⁹ donde se admite que el derecho comunitario carece de un mecanismo capaz de eliminar las normas de un Estado contrarias a una disposición no invocable de una directiva, corroborando que el compromiso del juez nacional de tener presente su contenido al interpretar las normas pertinentes del derecho interno puede enfrentarse con obstáculos insalvables, si le conduce a imponer a un particular una obligación todavía no incorporada al derecho interno y, con mayor motivo, si acarrea la responsabilidad penal de quienes la contravengan.

Para solventar los anteriores inconvenientes y sin el propósito de propugnar el efecto horizontal de las directivas no ejecutadas que reúnan los requisitos de incondicionalidad y precisión reclamados por la jurisprudencia, en las conclusiones de 27 de abril de 2004, segundas en el caso *Pfeiffer*,²⁰ el abogado general Ruiz-Jarabo sugirió que, profundizando en la "interpretación conforme", los jueces nacionales no se ciñan al examen de las normas internas establecidas para adaptar las directivas o relacionadas directamente con su objeto material, sino que cabe exigirles que tomen en consideración todo el derecho nacional a fin de apreciar la medida en la que puede soportar una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por el derecho comunitario. En la sentencia de este asunto, el Tribunal de Justicia se atuvo a su propuesta.

Esta exégesis de la doctrina de la "interpretación conforme", empleada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo en el asunto *Marleasing*, provoca consecuencias semejantes al reconocimiento de la eficacia horizontal, con la que no debe confundirse, pues es el sistema nacional mismo, entendido en armonía con el derecho comunitario, el que se contempla.

G. La responsabilidad patrimonial de lo estados miembros

17. La jurisprudencia, siempre atenta a la efectividad del derecho comunitario, quiso cerrar el círculo para evitar que las dificultades de su articulación con los derechos nacionales condujeran a un callejón sin salida en el que los objetivos de los Tratados quedarán retenidos.

especialmente, p. 488; Regalado, F.: «Il caso "Faccini Dori": una occasione perduta?», en *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 65 y ss., especialmente, p. 110; y Antonioli Deflorian, L.: «Il formante giurisprudenziale e la competizioni fra il sistema comunitario e gli ordinamenti interni: la svolta inefficiente di Faccini Dori», en *Rivista critica di diritto privato*, 1995, pp. 735 y ss., especialmente, p. 749.

¹⁹ Asunto C-186/95, Recopilación p. I-4705.

²⁰ Asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, cuya sentencia, aún no publicada en la Recopilación, se dictó el 5 de octubre de 2004.

La sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*,²¹ consagró el principio de que, cuando las pretensiones de una directiva no se logren por vía interpretativa, el Estado miembro debe indemnizar a los particulares por los daños causados al no haber incorporado en plazo sus previsiones al derecho interno.

El Sr. Francovich y otros trabajadores habían prestado servicios a empresas italianas insolventes que les adeudaban rentas salariales. Ante la imposibilidad de realizar sus créditos, reclamaron al Estado las correspondientes compensaciones por no haber incorporado al ordenamiento nacional, en el término marcado, la Directiva 80/987/CEE del Consejo,²² que propone garantías específicas para el pago en casos como el de los demandantes, por lo que los órganos jurisdiccionales que conocían de los asuntos preguntaron al Tribunal de Justicia si pueden los asalariados, a pesar de que las previsiones de la Directiva no reúnan los requisitos necesarios para tener efecto directo e invocarse directamente, resarcirse por vía indemnizatoria.

La respuesta, como he señalado, fue positiva. El Tribunal de Justicia indicó que las especificaciones de la Directiva carecían de efecto directo, porque, aunque aparecen precisas e incondicionales respecto a la determinación de los beneficiarios de las garantías y al contenido de estas últimas, no concretan el obligado, sin que pueda serlo el Estado por el solo hecho de no haber desarrollado las medidas de adaptación de su derecho. Ahora bien, añadió que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando los lesiona una violación imputable a un Estado miembro, reparación particularmente indispensable si su plena eficacia se supedita a la condición de una acción estatal y, por tanto, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. El Tribunal de Justicia llegó a la misma idea también por el camino del principio contemplado en el artículo 5 del Tratado CE, que obliga a los países miembros a eliminar las consecuencias ilícitas de una infracción del derecho comunitario.

Proclamado el principio, la sentencia *Francovich* enumeró los requisitos que han de concurrir para que nazca el deber de reparación: 1) que el resultado prescrito en la directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares, 2) cuyo contenido se identifique basándose en las disposiciones de la propia directiva, 3) teniendo que existir una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quien reclama.

²¹ Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Recopilación p. I-5357.

²² Directiva de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 283, p. 23).

18. En ulteriores pronunciamientos, el Tribunal de Justicia ha detallado tales requisitos, así como el poder del Estado al que ha de imputarse el incumplimiento que origina la responsabilidad. La sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*,²³ declaró que el deber de indemnizar aflora aun cuando la contravención se atribuya al poder legislativo, añadiendo a los requisitos ya decantados que, si el legislador disfruta de un amplio margen de apreciación para elegir entre diferentes opciones normativas, el derecho a la reparación sólo surge si la vulneración del derecho comunitario se encuentra suficientemente caracterizada, calificativo que no necesita una actuación intencional o negligente y que alude a una inobservancia manifiesta y grave de los límites de ese poder discrecional. Un ejemplo típico lo constituye la persistencia del incumplimiento una vez declarado judicialmente o después de una jurisprudencia de la que dimane la incorrección del comportamiento controvertido.

19. La actividad del poder judicial también puede ser la causa de una trasgresión del derecho comunitario que desencadene la obligación de reparar. La sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*,²⁴ estimó que se mermaría su plena eficacia y se reduciría la protección de las normas que contiene, si los particulares no percibieran una reparación cuando sus derechos se conculquen por un acto jurisdiccional. Ahora bien, dada la estructura de este poder, la jurisprudencia limita su declaración a los casos en los que la decisión judicial origen de la vulneración proceda de un órgano que resuelve en última instancia, pues, mientras no se obtenga la última palabra, quizás la decisión lesiva se rectifique. No obstante, la especificidad de la función encomendada a los jueces y las exigencias legítimas de la seguridad jurídica determinan que sólo pueda hablarse de contravención suficientemente caracterizada cuando la infracción del derecho comunitario aplicable se revele manifiesta, con evidente ignorancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Este último supuesto se abordó en la sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*,²⁵ que declaró el incumplimiento de sus compromisos comunitarios por dicho Estado miembro, dejando abierta la puerta para ulteriores reclamaciones de responsabilidad, debido a la interpretación que una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la *Corte suprema di cassazione*, realiza de una ley interna que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados quebrantando las normas comunitarias.

H. Las facultades de los jueces nacionales respecto del derecho comunitario

²³ Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Recopilación p. I-1029.

²⁴ Asunto C-225/01, Recopilación p. I-10239.

²⁵ Asunto C-129/00, aún no publicada en la Recopilación.

20. Los órganos judiciales de los Estados miembros no quedan reducidos al relevante papel de otorgar efectividad al derecho comunitario en el orden interno, cuando lo interpretan y aplican, sino que el propio Tribunal de Justicia les ha conferido ciertas potestades respecto de ese ordenamiento jurídico.

La sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*,²⁶ les negó competencia para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios, pero, para llegar a este puerto, previamente les atribuyó la facultad de enjuiciarlos y, si el examen les conduce a un resultado positivo, proclamar su validez. Al Tribunal de Justicia le corresponde el monopolio para repudiar los actos y las disposiciones aprobados por las Instituciones que, vulnerando el principio de jerarquía normativa, contradicen determinaciones de rango superior, pero los tribunales de los Estados miembros, en cuanto jueces comunitarios, pueden verificarlos y, si deducen su conformidad, obrar en consecuencia y aplicarlos.

21. Aunque no les cabe, como he apuntado, expulsar del mundo del derecho las normas de la Comunidad inválidas, en cuanto árbitros de su propio sistema, pueden dejar en suspenso la ejecución de un acto administrativo interno, adoptado en ejecución de una reglamentación comunitaria que estimen nula, en tanto el Tribunal de Justicia resuelve la pertinente cuestión prejudicial. La sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*,²⁷ se decantó en este sentido.

II. Un colaboración no exenta de fricciones

A. Introducción

22. El anterior recorrido jurisprudencial evidencia el relevante papel representado por el Tribunal de Justicia en la escena de la Comunidad, pero la suya no ha sido una tarea, ya lo he expuesto, aislada, pues los jueces nacionales han desempeñado también una función nada desdeñable: interpelando a la jurisdicción comunitaria, la han estimulado para proclamar los principios estructurales que he analizado, poniéndolos a continuación en práctica.

Incumbe a los órganos jurisdiccionales estatales salvaguardar los derechos subjetivos creados por las normas con efecto directo, haciendo respetar su primacía, inaplicando, si fuere menester, las previsiones internas que las pongan en duda y emitiendo, en su caso, pronunciamientos de condena patrimonial para resarcir los daños causados por la infracción del orden comunitario. Así, Robert

²⁶ Asunto 314/85, Recopilación p. 4199.

²⁷ Asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, Recopilación p. I-415.

Lecourt ²⁸ calificó al juez nacional de artesano discreto y eficaz que ha introducido el derecho comunitario en la existencia cotidiana, dándole vida en todos los Estados.

Este reconocimiento no significa disminuir los innegables méritos del Tribunal de Justicia, emplazado en el corazón de un sistema nuevo, necesitado de un sólido armazón en un entorno en permanente evolución, sino la constatación de que el empeño ha sido obra de jueces, actuando en terrenos distintos, pero con un idéntico designio. Henri Brugmans, convencido federalista y director del Colegio de Europa en Brujas, señaló que la integración y la unificación de Europa se construyen por los jueces, que, a falta de leyes votadas democráticamente por el Parlamento Europeo, han erigido una estructura jurídica de manera silenciosa y eficaz. ²⁹

23. La colaboración es insoslayable, dado que se trata de articular ordenamientos jurídicos dispares, con diferentes legitimidades y diversas fuentes de producción normativa y de interpretación, de igual forma que, por idéntico tipo de razones, también parecen inevitables los roces y las tensiones.

El sistema comunitario confiere a los ciudadanos derechos que, en algunas circunstancias, se esgrimen directamente ante los jueces internos, quienes deben tutelarlos mediante las normas procesales nacionales, al no darse en el plano comunitario una armonización procesal. Dos universos jurídicos convergen, pues, para ponerse al servicio de un mismo fin.

B. Los excesos del Tribunal de Justicia...

24. La sentencia *Francovich*, una vez proclamado el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario, puntualizó que corresponde a cada ordenamiento nacional designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales para el ejercicio de las acciones pertinentes.

Resaltó que, no obstante, los legisladores internos no disponen de absoluta libertad, pues no pueden fijar condiciones menos favorables que las referentes a las reclamaciones semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) ni articularlas para que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (*principio de efectividad*). Con este planteamiento, la

²⁸ *Op. cit.* p. 306.

²⁹ *Liber amicorum. Au service de l'Europe*, Fondation Européenne de la Culture, Ámsterdam, 1981, pp. 414 y 422.

aludida sentencia enlaza con una línea jurisprudencial que arranca de la sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*,³⁰ origen de no pocas disfunciones.

25. Con el objetivo de asegurar la aplicación correcta de los mencionados principios, garantizando el efecto útil del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre algunos aspectos de los derechos procesales de los Estados miembros: el alcance del principio *iura novit curia*, las medidas cautelares o el plazo para el ejercicio de las acciones procesales son tres ejemplos.

Al satisfacer esta tarea se ha visto abocado a asumir el papel de legislador negativo de los derechos nacionales y, a veces, en lo que concierne a los plazos para instar una acción jurisdiccional, en verdadero legislador positivo.

El recorrido de la jurisprudencia relativa a los plazos nacionales para el ejercicio de las acciones de repetición de los tributos pagados en contra del derecho comunitario ilustra la anterior afirmación. Se distinguen tres fases sucesivas:

26. En la inicial, el Tribunal de Justicia se limitó a establecer la formulación general de la regla jurisprudencial. De esta etapa son representativas la citada sentencia *Rewe* y la de 16 de diciembre de 1976, *Comet*.³¹ La primera trataba sobre el plazo de un mes o, en ciertas circunstancias, de un año previsto en el Código alemán de Procedimiento para accionar ante las jurisdicciones administrativas. La sentencia *Comet* abordó el examen del margen de treinta días marcado en la ley neerlandesa sobre recursos administrativos en materia de actividad económica.

Estas dos decisiones permitieron al Tribunal de Justicia fijar el concepto jurídico indeterminado "plazo razonable", reservando a los jueces nacionales el papel de precisarlo en cada caso concreto, según las circunstancias concurrentes, lo que significa que pertenece al primero determinar las reglas para dirimir los conflictos, correspondiendo a los segundos su aplicación en los litigios de que conocen. De esta manera, las respectivas competencias quedan perfectamente delimitadas: uno declara las exigencias que impone el derecho comunitario y los otros interpretan y aplican sus derechos nacionales, respetando tales imperativos.

27. La fase intermedia agrupa sentencias que han examinado, a la luz del principio de efectividad, plazos específicos de recurso, originando un desvío jurisprudencial cuyas consecuencias se manifiestan en la actualidad.

³⁰ Asunto 33/76, Recopilación p. 1989.

³¹ Asunto 45/76, Recopilación p. 2043.

La sentencia de 9 de noviembre de 1989, *Bassin et Salson*,³² resolvió que el derecho comunitario no se opone a las normas de un Estado miembro (en este asunto, Francia) que prevén un plazo de prescripción de tres años para el reembolso de los tributos indebidamente pagados. También, la sentencia de 17 de julio de 1998, *Haahr Petroleum*,³³ ratificó que un periodo de cinco años resulta admisible por "razonable".

En otros asuntos, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre plazos similares, pero utilizando como criterio de evaluación el principio de equivalencia, si bien en algunos se han deslizado, por la vía secundaria de los *obiter dicta*, afirmaciones que han permitido abrir el tercer estadio. En las sentencias *Edis*³⁴ y *Spac*³⁵ calificó de razonable un plazo de caducidad de tres años, que corre a partir del momento en el que se realiza el pago no debido.

De este modo se ha transformado en juez de los derechos nacionales, de tal suerte que, una vez que se pronuncia sobre la conformidad de un plazo con el derecho comunitario, los tribunales de los Estados miembros han de limitarse, como auténticos autómatas, a seguir las apreciaciones de los jueces comunitarios, sin ejercer el papel de intérpretes de su orden jurídico. Por el contrario, si el Tribunal de Justicia estima que un plazo específico se opone al principio de efectividad, el juez nacional queda obligado a no aplicarlo.

En mi opinión, la ruptura del equilibrio que ha de presidir el reparto de tareas en los procedimientos prejudiciales es grave, al introducirse el Tribunal de Justicia en un terreno resbaladizo, dejando un campo de maniobra muy reducido a los exégetas de los derechos nacionales. En efecto, para determinar si un lapso de tiempo específico respeta el principio de efectividad, se ha de tomar en consideración el conjunto de las condiciones de hecho y de derecho, formales y materiales, previstas en el derecho interno para ejercer las acciones de repetición. Una respuesta definitiva debe ofrecerse desde una visión global, que sólo los tribunales nacionales poseen.

Con argumentos de la anterior índole el abogado general Ruiz-Jarabo sugirió al Tribunal de Justicia, en el asunto *Grundig Italiana*,³⁶ que el derecho comunitario no se opone a la aplicación de una disposición nacional señalando, en relación con el ejercicio de las citadas acciones de repetición, un

³² Asunto 386/87, Recopilación p. 3551.

³³ Asunto C-90/94, Recopilación p. I-4085.

³⁴ Sentencia de 15 de septiembre de 1998, asunto C-231/96, Recopilación p. I-4951.

³⁵ Sentencia de 15 de septiembre de 1998, asunto C-260/96, Recopilación p. I-4997.

³⁶ Asunto C-255/00, en el que presenté conclusiones el 14 de marzo de 2002, Recopilación p. I-8003.

periodo transitorio de noventa días para la entrada en vigor de un plazo de caducidad, más corto que el existente hasta entonces, con la condición de que, considerando su duración y las demás circunstancias de hecho y de derecho previstas en el orden jurídico interno, no haga en la práctica imposible o difícil el ejercicio de las referidas acciones, apreciación que compete a los jueces nacionales.

28. La sentencia *Grundig Italiana*, dictada el 24 de septiembre de 2002, abrió la tercera fase jurisprudencial, de consecuencias perturbadoras. En esta decisión, el Tribunal de Justicia, lejos de seguir la propuesta de su abogado general, juzgó que, visto el principio de efectividad, el término de noventa días resulta insuficiente y ha estimado razonable un periodo de seis meses.

De forma sorprendente, el Tribunal de Justicia modifica su posición tradicional y establece directamente un plazo mínimo. Ya no sólo juzga, como en la segunda fase, los derechos internos, dejando a los jueces nacionales la atribución para pronunciarse sobre el tiempo necesario a fin de facilitar un ejercicio efectivo de la acción, sino que, al contrario, sustituyendo un término por otro, engendra una nueva norma procesal. Actúa, así, a modo de un verdadero legislador positivo, siendo razonable preguntarse si, en el caso *Grundig Italiana*, la declaración de suficiencia de un periodo de seis meses vale para todos los Estados miembros o sólo para Italia. Este interrogante revela que el Tribunal de Justicia se confunde.

Para apreciar la conformidad de un plazo en la perspectiva del principio de efectividad, conviene examinar su duración, pero no cabe obviar otras circunstancias cuyo conocimiento corresponde al juez nacional; por ejemplo, si los interesados pueden actuar por sí mismos; si es preceptiva la asistencia letrada; si, tratándose de personas jurídicas, se exige un acuerdo societario específico; etc.

Para garantizar la supremacía y la efectividad del ordenamiento jurídico de la Comunidad, la jurisprudencia comunitaria se ha de limitar a promover las condiciones generales que permitan el ejercicio eficaz de las acciones basadas en su sistema, fijando conceptos jurídicos indeterminados como el de "plazo razonable". Pero la precisión de esta noción en relación con un asunto concreto compete a los tribunales nacionales, salvo en los casos extremos en los que, bien por su clara suficiencia, bien por su manifiesta parquedad, no se requiera un análisis de las condiciones particulares del orden jurídico interno.

C. ... y sus carencias

29. Los jueces de Luxemburgo, tan arrojados en algunos aspectos, se han mostrado, sin embargo, bastante timoratos en otros. No han tenido empacho, como se acaba de ver, de indicar a los

legisladores nacionales la extensión mínima de los plazos para garantizar la efectividad de la defensa de los derechos nacidos del ordenamiento comunitario, a la par que no se han atrevido a buscar el punto de equilibrio entre la primacía de este último y la seguridad jurídica, decantándose siempre por esta segunda, aun a riesgo de consolidar situaciones manifiestamente contrarias al derecho de la Unión Europea.

Esta abdicación llama la atención en un Tribunal acostumbrado a poner en cuestión, sin que se removieran los cimientos de los ordenamientos nacionales, principios igualmente relevantes en los sistemas constitucionales de los Estados miembros que la seguridad jurídica: los criterios articuladores de la vigencia y de la derogación de las normas, o de su interpretación, así como de su jerarquía, o la estricta vinculación de los jueces a la ley han sido "tocados" por su jurisprudencia.

30. En los últimos años, algunos jueces nacionales han preguntado si el derecho comunitario se impone también ante situaciones firmes y, por consiguiente, en principio inatacables. En esta encrucijada se encuentra en la actualidad el Tribunal de Justicia, sin que pueda aventurarse el derrotero que está dispuesto a seguir. Las primeras decisiones sobre el particular parecen conducir a una vía muerta.

Entre diciembre de 1986 y diciembre de 1987 la sociedad neerlandesa Kühne & Heitz exportó determinadas partidas de trozos de aves de corral a terceros países, que se incluyeron a efectos arancelarios en una determinada partida, dando lugar a un contencioso entre la exportadora y la administración tributaria, resuelto definitivamente en contra de los intereses de aquella primera en sentencia del *College van Beroep voor het bedrijfsleven* (tribunal neerlandés de apelación contencioso-administrativo en materia económica), de 22 de noviembre de 1991. La sentencia le obligó a rembolsar las cantidades recibidas en concepto de restituciones a la exportación.

Con posterioridad, el Tribunal de Justicia, en sentencia de 5 de octubre de 1994, *Voogd Vleesimport en -export*,³⁷ dictada en un caso ajeno al de Kühne & Heitz, dio la razón a la interpretación defendida en su momento por esta compañía, que se apresuró a solicitar la restitución de las sumas que se había visto obligada a ingresar en el tesoro, iniciándose un nuevo proceso, en el que el mencionado tribunal nacional preguntó a título prejudicial al Tribunal de Justicia si, en circunstancias como la del litigio principal, el principio de lealtad, contemplado en el artículo 10 CE, exige que, con el fin de garantizar la plena eficacia del derecho comunitario, un órgano administrativo reconsidere una resolución administrativa firme.

³⁷ Asunto 151/93, Recopilación p. I-4915.

La sentencia de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*,³⁸ facilita una respuesta aparentemente afirmativa, que, en realidad, es una rotunda negación, permitiendo el nuevo examen de la actuación administrativa firme contraria al ordenamiento comunitario siempre que lo autorice el derecho nacional.³⁹ Estimo que esta precisión debió dejar perplejo al juez remitente, pues para obtener tamaña respuesta bien podría haberse ahorrado el reenvío prejudicial.

31. Si alguna duda pudiera albergarse después del anterior pronunciamiento sobre la posición del Tribunal de Justicia en este punto, la sentencia de 16 de marzo de 2006, *Kapferer*,⁴⁰ la despejó, decidiendo que el mencionado principio de cooperación leal no obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas procesales internas con el fin de examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla, por su manifiesta oposición al derecho comunitario. Para los jueces de Luxemburgo, el principio de seguridad jurídica ha de prevalecer siempre, salvo que, como en el caso *Kühne & Heitz*, el derecho nacional autorice otra solución. En último término, el propio Tribunal de Justicia admite que ese valor de la seguridad jurídica no tiene carácter absoluto, pudiendo ceder en determinadas circunstancias.

32. En esta tesitura, cabe preguntarse por qué, tratándose de garantizar la efectividad del ordenamiento de la Unión, la solución se deja en manos de los legisladores nacionales. Parece más coherente articularla de manera uniforme desde el derecho comunitario.⁴¹ En las conclusiones que presentó el 16 de marzo de 2006 en los asuntos *i-21 e Isis Multimedia*,⁴² el abogado general Ruiz-Jarabo apuntó algunas pautas irrenunciables, a su juicio, en este punto.

³⁸ Asunto C-453/00, Recopilación p. I-837.

³⁹ La decisión del Tribunal de Justicia añade otros condicionamientos que responden a las particularidades del litigio: 1) que la firmeza se haya ganado a raíz de una sentencia dictada en última instancia en un proceso en el que no se suscitó cuestión prejudicial alguna y basada en una interpretación del derecho comunitario errónea, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior; y 2) que el interesado se haya dirigido a la administración inmediatamente después de tener conocimiento de esa nueva jurisprudencia.

⁴⁰ Asunto C-234/04, aún no publicada en la Recopilación.

⁴¹ El apego al derecho nacional plantea serios problemas, de los que el no menos importante es la disparidad que introduce en la tutela de los derechos fundados en el ordenamiento de la Comunidad. Coutron, A., «Cour de Justice, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren», en *Revue des affaires européennes*, 13º año (2003-2004), 3, pp. 417 a 434, critica que el Tribunal de Justicia se remita al orden interno, porque, por ese cauce, se corre el riesgo de consagrar diferencias en la protección de los derechos de los justiciables (pp. 525 y 427). Por su parte, Peerbux-Beaugendre, Z., «Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire (Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004)», en *Revue du droit de l'Union européenne*, 3-2004, pp. 559 a 567, teme que este pronunciamiento suponga una fuente de nuevas divergencias en la aplicación del derecho comunitario (p. 566). Martín Rodríguez, P., «La revisión de los actos administrativos firmes: ¿Un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2004, C-453/00, Kühne & Heitz NV», en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, octubre 2004 (www.iustel.com), sostiene que una interpretación literal de esta sentencia la convierte en papel mojado, pues no abundan los ordenamientos jurídicos que habiliten a la Administración para verificar una resolución administrativa ratificada por una sentencia.

⁴² Asuntos acumulados C-392/04 y C-422/04, Recopilación p. I-8559.

Isis Multimedia e i-21 son titulares en Alemania de sendas licencias de telecomunicaciones, por las que abonaron, sin discutir las, unas elevadísimas tasas. No obstante, otras compañías, titulares también de permisos de telecomunicaciones, combatieron las liquidaciones que se les giraron, obteniendo ante el Bundesverwaltungsgericht (tribunal supremo federal contencioso-administrativo) una sentencia que las anuló, por ampararse en una disposición reglamentaria contraria a la ley de transposición de la Directiva 97/13/CE,⁴³ que prohíbe a los Estados miembros reclamar otras exacciones y con distintos criterios que los previstos en la propia Directiva (artículo 11, apartado 1). Las sociedades que ganaron el pleito acabaron ingresando un canon muy reducido, conforme a una nueva regulación.

Tan pronto como tuvieron conocimiento de esta sentencia, Isis Multimedia e i-21 se dirigieron a la Administración alemana con el fin de recuperar el importe abonado. Tras ver rechazados sus pedimentos, ejercitaron las correspondientes acciones jurisdiccionales, siendo desestimadas en primera instancia, por lo que interpusieron recurso de casación ante el Bundesverwaltungsgericht. Este Tribunal de casación, después de constatar que, a la luz del derecho alemán, las pretensiones no podían prosperar, se dirigió al Tribunal de Justicia preguntándole si los artículos 10 CE y 11 de la Directiva citada requieren que los cánones pagados en su contra puedan recuperarse, pese a haber ganado firmeza los correspondientes actos administrativos de liquidación.

La automática aplicación de la doctrina *Kühne & Heitz* conduce en este caso directamente a una solución negativa, sin embargo, en las referidas conclusiones propuso una respuesta positiva, siempre que la intangibilidad de los actos administrativos en cuestión impida alcanzar los objetivos de la norma comunitaria, consolidando situaciones contrarias a la equidad o a los principios inspiradores del ordenamiento comunitario.

33. Para llegar a tal desenlace siguió un discurso cuyos principales argumentos son:

1º) El principio de seguridad jurídica, con la idea de "firmeza" a su servicio, desempeña un papel clave en la articulación de todo ordenamiento jurídico y, por supuesto, también del comunitario, por lo que la invulnerabilidad de los actos firmes, incluso irregulares, constituye la pauta general.

2º) No obstante, el repetido principio no puede convertirse en un obstáculo para la aplicación uniforme y correcta del derecho comunitario, debiéndosele negar carácter absoluto y prevalencia en toda circunstancia.

⁴³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, 108, p. 21).

3º) En la equidad se encuentra el primero de los límites de la seguridad jurídica: la firmeza de una decisión no ha de constituir una traba para que se analice de nuevo su contenido, si su persistencia provoca una situación de injusticia intolerable.⁴⁴

4º) La "supralegalidad" acota también a la seguridad jurídica: cuando la conservación de un acto firme remueve la esencia del sistema o lo conduce a una vía muerta, se hace inevitable su expulsión.

5º) En definitiva, se trata de reprobamos los desenlaces generadores de más desamparo que el que se tiende a evitar, pues no hay mayor inseguridad que la originada por la injusticia o la manifiesta ilegitimidad.

6º) Por consiguiente, como excepción, la seguridad jurídica cedería cuando resulte imprescindible para salvaguardar los cimientos del ordenamiento comunitario, dejando siempre a salvo los derechos de terceros.

34. Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, analizó en las conclusiones la situación originada con el mantenimiento de las liquidaciones giradas a Isis Multimedia e i-21, constatando que un panorama en el que, en un sector con reducidos operadores como el de las telecomunicaciones, la mayoría paga unos cánones reducidos, mientras que las empresas demandantes y algunas otras se enfrentan a tasas desproporcionadamente elevadas, obstaculiza la apertura de mercado pretendida por la Directiva 97/13, incidiendo en una discriminación que desmiente los fundamentos de la Comunidad.

Matizó que el mantenimiento de un acuerdo ilegal, al margen de su alcance y de sus efectos en el sistema jurídico, con el argumento de que ha sido consentido por su destinatario, además de elevar a un nivel absoluto una técnica al servicio del ordenamiento, responde a una lógica propia del derecho privado, soslayando la esencial vinculación de la Administración al interés público y a la legalidad.

Advertió también que, en la tensión estabilidad y legalidad, esta última mejora su impronta cuando la primera reviste carácter exclusivamente administrativo, pues los requerimientos de la seguridad jurídica no son los mismos si la decisión gubernativa no ha pasado el control jurisdiccional, que añade a la nota de la firmeza la fuerza propia de la cosa juzgada.

⁴⁴ Así lo expresé en las conclusiones de 28 de enero de 1999, en el asunto en el que se dictó la sentencia de 14 de septiembre de 1999, AssiDomän (C-310/97, Recopilación p. I-5363).

35. En la sentencia de 19 de septiembre de 2006, el Tribunal de Justicia se quedó a medio camino, declarando que el juez nacional está obligado a determinar si una normativa claramente incompatible con el derecho comunitario, como aquella en la que se basan las liquidaciones controvertidas en los litigios principales, constituye una ilegalidad manifiesta con arreglo al derecho nacional de que se trate. En caso afirmativo, incumbirá a dicho juez deducir todas las consecuencias que, según su derecho nacional, se deriven de lo anterior en lo que atañe a la revocación de tales liquidaciones.

Esto es, como en *Kühne & Heitz*, es el derecho nacional el que determina la posibilidad de remover las situaciones firmes manifiestamente contrarias al derecho comunitario.

36. El asunto *Lucchini Siderurgica*,⁴⁵ brindó al Tribunal de Justicia otra oportunidad para cambiar de rumbo, precisando las condiciones y las circunstancias en las que la seguridad jurídica ha de ceder ante la primacía del derecho comunitario. El *Consiglio di Stato* de la República Italiana preguntaba si en virtud de esta última resulta obligatoria la recuperación de una ayuda de Estado declarada por la Comisión contraria al Tratado CE, pese a la existencia de una sentencia firme de un tribunal nacional que condena al pago de la subvención, omitiendo toda consideración del derecho comunitario.

En la sentencia de 18 de julio de 2007,⁴⁶ el Tribunal dio un paso adelante afirmando que el derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano (*codice civile*), cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas.

37. Más recientemente, la sentencia de 12 de febrero de 2008, *Kempter*,⁴⁷ en un asunto que reproducía prácticamente el mismo escenario que en el caso *Kühne & Heitz*, dispuso que:

1º) Para obtener en la vía administrativa la revisión de un acto confirmado en vía jurisdiccional mediante una sentencia fundada en una interpretación errónea del derecho comunitario a la vista de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia, tal derecho –el comunitario– no exige que el demandante lo haya invocado en el curso del proceso contencioso-administrativo.

2º) El derecho comunitario no impone ningún límite temporal para presentar una solicitud dirigida a la revisión de una resolución administrativa firme. No obstante, los Estados miembros siguen siendo

⁴⁵ Registrado con el número C-119/05

⁴⁶ Recopilación p. I-6199.

⁴⁷ Asunto C-2/06, aún no publicada en la Recopilación.

libres de establecer plazos razonables para interponer recurso de conformidad con los principios comunitarios de efectividad y equivalencia.

El avance resulta sutil, pero tiene su alcance. Es el derecho nacional, como en *Kühne & Heitz*, el que debe determinar si procede, en tales circunstancias, la revisión del acto firme, pero al hacerlo han de respaldar los principios de efectividad y de equivalencia. Es decir, no son absolutamente libres, pudiendo el derecho comunitario, a través de este portillo, introducir limitaciones a esa potestad estatal.

El siguiente paso consiste en preguntarse si un sistema nacional que niegue pura y simplemente la revisión, en la medida en la que ponga en cuestión tales principios, sería contrario al derecho comunitario. Es el paso que el Tribunal de Justicia no se decide a dar.

III. Jueces comunitarios

38. "Los jueces nacionales son jueces comunitarios", puesto que les incumbe otorgar efectividad en el orden interno a las determinaciones de este sistema jurídico de nuevo cuño; sin su concurso el propósito devendría imposible.

En el otro polo se sitúa el Tribunal de Justicia, corazón del entramado jurisdiccional, que, aglutinando las funciones propias de un tribunal constitucional y las de uno de casación, ha de garantizar la integridad del ordenamiento de la Comunidad, facilitando, en particular, su interpretación uniforme y armoniosa con el fin de evitar que diferentes entendimientos y modos de aplicación provoquen su fragmentación.

No cabe la menor duda de que se puede hablar de un "poder judicial comunitario" o, en palabras de Robert Lecourt, de una "comunidad judicial europea",⁴⁸ integrada por los órganos comunitarios *stricto sensu* y por los tribunales nacionales.

39. Sin embargo, el sistema, que tan buenos resultados ha ofrecido, puede «morir de éxito». El número de asuntos prejudiciales crece sin cesar y el tiempo consumido para suministrar una respuesta se alarga sin remisión, con el riesgo de que los jueces nacionales desintan de interrogar al Tribunal de Justicia, pues una respuesta tardía ya no les sirve.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 275.

La puesta en marcha del Tribunal de Primera Instancia en 1989 y las reformas operadas en Niza responden al designio de descargar de trabajo al Tribunal de Justicia, permitiéndole cumplir adecuadamente su función, pero no ha dado los resultados apetecidos.

Las sentencias prejudiciales siguen tardando y, aun cuando no se ha plasmado la posibilidad de que el Tribunal de Primera Instancia asuma el papel prejudicial en algunas materias particulares, en la práctica se ha multiplicado el número de contenciosos en un lado del debate ya que la formación normal del Tribunal de Justicia después de Niza es la Sala de cinco miembros (cuenta con 5 salas de esta composición), con el peligro de que se produzcan incoherencias, contradicciones o desajustes doctrinales en el seno de la propia institución. Este peligro se acentúa si se tiene presente la posibilidad de que los asuntos que no planteen «cuestiones jurídicas nuevas» (concepto jurídico indeterminado de difícil precisión) se resuelvan sin conclusiones del abogado general, cuya intervención casi siempre constituye una garantía de que el Tribunal va a tener a su disposición toda la información y las opiniones necesarias para decidir teniendo en cuenta el íntegro acervo jurisprudencial comunitario.

40. Y, aún así, el Tribunal de Justicia sigue sin moverse un ápice de sus doctrina *CILFIT*, que obligan a los jueces de los Estados miembros a actuar como auténticos autómatas, de modo que, frente a una duda sobre el derecho comunitario por muy obvia que sea la respuesta, ante la imposibilidad de concluir que los demás jueces de todos los Estados miembros, incluido el propio, obtendrán la misma solución, se ven obligados a dirigirse al oráculo de Luxemburgo.

Me pregunto si no ha llegado el momento de implicar más directamente en la materia a los Tribunales Supremos de los Estados miembros, que, a fin de cuentas, son protagonistas relevantes en la interpretación y en la aplicación del derecho de la Unión, y a quienes se les impone la obligación de interrogar en todo caso al Tribunal de Justicia cuando se suscita un problema interpretativo de dicho ordenamiento jurídico.

Esa solución podría muy bien consistir en resolver por su propia autoridad aquellas cuestiones interpretativas cuya solución se les ofrezca con claridad y, una vez decidido el litigio nacional aplicando la interpretación que considera pertinente, remitir una cuestión «postjudicial» al Tribunal de Justicia para que la asuma o la rechace.

La intervención del Tribunal de Justicia se produciría en un lapso de tiempo breve, por el procedimiento de urgencia, ya previsto en el Estatuto del Tribunal y en su Reglamento de Procedimiento, sin necesidad de intervención del abogado general, cuya papel sería en cierto modo asumido por el Tribunal Supremo nacional.

Si el Tribunal de Justicia avalara la interpretación realizada por la jurisdicción interna, tendría el alcance general que se predica de las soluciones prejudiciales que se adoptan en la actualidad. Cuando, por el contrario, la rechace, quedará sin efecto pro futuro, sin incidir sobre la situación jurídica decidida en el pleito nacional, como en los recursos de casación en interés de la ley.

De este modo, además, se daría solución al fenómeno que representan los «free lance» del derecho comunitario: jueces nacionales que, haciendo un uso indebido de la doctrina CILFIT, resuelven por su propia autoridad, sin ulterior control, cuestiones interpretativas de dicho ordenamiento jurídico por considerar que la solución es clara, sin pararse a reflexionar si con la misma evidencia se ofrece a los demás órganos jurisdiccionales de la Unión.

41. Las fronteras se difuminan. Todos somos jueces comunitarios, imprescindibles en la tarea de crear Europa una orden jurídico común.

El Tribunal de Justicia, y el de Primera Instancia también, adoptan todos los días resoluciones que inciden, directa o indirectamente, en el patrimonio jurídico de los ciudadanos europeos, de modo que no se falta a la verdad si se afirma que los «jueces de la jurisdicción comunitaria son jueces nacionales», que, desde su singular perspectiva, enjuician los derechos internos.

Los miembros del Tribunal de Justicia ejercen la potestad de juzgar, emanando pronunciamientos que inciden sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea, por lo que, desde esta perspectiva, son jueces integrados en el respectivo sistema interno, cuya legitimidad emana de su pleno y exclusivo sometimiento a la ley, así como del origen de su nombramiento. En estas circunstancias, sería aconsejable que los llamados a ejercer la más alta jurisdicción comunitaria fueran propuestos en cada Estado miembro conforme a los cauces contemplados para el nombramiento de los jueces de las cortes supremas.

Los artículos 223 CE y 224 CE disponen que los miembros del Tribunal de Justicia y del de Primera Instancia se designan de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros, pero esta previsión no impide que, para llegar a ese punto, se siga el proceso previsto en cada orden nacional, de modo que nada impide que, en España, la nominación corresponda al Consejo General del Poder Judicial, bien de forma vinculante, bien mediante una terna con varios candidatos entre los que el poder ejecutivo elija uno.

La elección por las cámaras legislativas, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional, sería otra fórmula posible. En cualquier caso, no me parece de recibo que la investidura se realice a propuesta exclusiva del poder ejecutivo, mediante un procedimiento inexistente, en el que la transparencia se encuentra ausente: nada más lejos de las exigencias que se han de respetar de manera irrenunciable cuando se trata de delegar el ejercicio de la vieja y noble tarea de hacer justicia.