

ESTUDIOS

EL SISTEMA JURISDICCIONAL COMUNITARIO

JOSFINA LATORRE ALFELLA
Y RAFAEL RODRÍGUEZ TRIVIÑO

*Oficiales de la Administración de Justicia.
Licenciados en Derecho*

SUMARIO: I. Introducción: La función del Tribunal de Justicia en un sistema jurisdiccional complejo de base cooperativa.—II. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia: 1. La fase escrita. 2. La fase oral. 3. Las conclusiones del Abogado General, la deliberación y la sentencia. 4. La representación de las partes.—III. El Tribunal de Justicia como intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario: La cuestión prejudicial de interpretación y validez: 1. Noción de órgano jurisdiccional de un Estado miembro y de órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno. 2. La cuestión prejudicial de interpretación. 3. La cuestión prejudicial de validez. Remisión. 4. Remedios Jurisdiccionales frente al incumplimiento por un órgano jurisdiccional nacional de la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE.—IV. El Tribunal de Justicia como garante del respeto del derecho comunitario por las propias comunidades: 1. El recurso de anulación. Actos susceptibles de recurso. Los sujetos. Motivos de anulación. Incompetencia. Vicios sustanciales de forma. Violación del TCE o de cualquier norma relativa a su ejecución. Desviación de poder. Plazo para el ejercicio de la acción. Procedimiento y sentencia. 2. El recurso por omisión. Objeto del recurso. Causas que motivan la interposición del recurso y plazos. Legitimación. Procedimiento. 3. La cuestión prejudicial de validez.—V. El Tribunal de Justicia como garante del respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros. 1. Procedimiento a través del cual se puede denunciar el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de otro Estado miembro. 2. El control indirecto del respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros a través de la cuestión prejudicial de interpretación.—VI. Las Jurisdicciones nacionales como garantes del Derecho comunitario en los Estados miembros: 1. La insuficiencia del Tribunal de Justicia como garante del respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros y la consiguiente necesidad de cooperación y complementariedad entre la jurisdicción comunitaria y las jurisdicciones nacionales. 2. La ampliación de

los poderes constitucionales del juez nacional cuando actúa como juez comunitario; el control judicial ordinario de las normas internas con rango de ley que no sean conformes al Derecho comunitario.—VII. La jurisdicción comunitaria y las jurisdicciones nacionales como garantes provisionales del respeto del Derecho comunitario en sede cautelar. 1. La tutela cautelar en el ámbito de la jurisdicción comunitaria. 2. La incidencia del Derecho comunitario en la tutela cautelar dispensada por las jurisdicciones nacionales.—VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN UN SISTEMA JURISDICCIONAL COMPLEJO DE BASE COOPERATIVA

El Tribunal de Justicia es una de las cuatro instituciones básicas de las Comunidades Europeas junto con el Consejo, Comisión y Parlamento, según se desprende de los enumerados contenidos en los diferentes tratados y que le atribuyen la función de garantizar el respeto y cumplimiento de los mismos.

En una comunidad de derecho, como es la esencialmente constituida por las Comunidades Europeas, es imprescindible la existencia de un órgano que tenga encomendado el control judicial.

En principio se puede decir que se trata de un órgano jurisdiccional internacional, si bien con características propias importantes que han llevado a muchos autores a negarle tal carácter (Le Cartou en su obra *El Mercado Común y el Derecho Público*), o a considerarlo como un Tribunal federal, aduciendo algunos autores como Muñoz Machado que «el Tribunal de Justicia comunitario ha dado un indiscutible impulso federalista a la interpretación del Tratado» y «que la construcción técnica de principios como el de efecto directo o la primacía, esta hecha siguiendo de cerca las soluciones de las jurisprudencias de Estados Federales».

¿Cuáles son estas características propias?:

- La existencia de un incidente prejudicial, en cuya virtud se plantea por los órganos judiciales de los Estados miembros cuestiones sobre la interpretación de una norma comunitaria cuya aplicación sea necesaria para emitir el fallo, posibilidad que no se da en los Tribunales internacionales y sí en los constitucionales.
- La existencia de recursos de nulidad previstos en los artículos 230 y 231 del Tratado de la Comunidad Europea, que permiten el control de legalidad de los actos del Consejo, Comisión, Parlamento que no sean recomendaciones o dictámenes.
- El acceso directo de los particulares y de los órganos comunitarios al Tribunal de Justicia, peculiaridad que no se encuentra en los Tribunales Internacionales, a excepción de la jurisdicción sobre los derechos humanos introducida dentro del Consejo de Europa, donde los particulares pueden acceder a la Comisión pero no al Tribunal de Estrasburgo.

René Joliet, ha destacado algunas diferencias esenciales entre el Tribunal Internacional de La Haya, instituido dentro de las Naciones Unidas y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

1. La competencia del Tribunal de Justicia es obligatoria, mientras que la competencia del Tribunal de La Haya es en principio facultativa en el sentido de que se basa en el acuerdo entre las partes.

2. La competencia del Tribunal de las Comunidades no puede ser objeto de ningún tipo de reserva, sobresaliendo, en concreto, la inadmisibilidad de la excepción de la jurisdicción interna en el ámbito de las relaciones intracomunitarias, mientras que las partes que hayan suscrito la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional pueden, mediante reserva, excluir los conflictos sobre cuestiones pertenecientes a la competencia exclusiva del Estado.

3. La competencia del Tribunal de Justicia es permanente, mientras que la jurisdicción del Tribunal de La Haya puede aceptarse por un periodo determinado e incluso puede retirarse en cualquier momento mediante una simple comunicación al Secretario General

4. La competencia del Tribunal de las Comunidades tiene carácter exclusivo, puesto que el artículo 292 del Tratado de la Comunidad Europea establece «Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado», mientras que la jurisdicción del Tribunal Internacional se puede limitar en relación con los litigios que hayan de ser objeto de otro procedimiento de solución.

Gran parte de las peculiaridades del Tribunal de Justicia se deben a la naturaleza *sui generis* de las propias Comunidades Europeas que a diferencia de las organizaciones internacionales clásicas, basadas en el principio de cooperación, se fundamentan en el principio de integración.

El sistema judicial comunitario tiene una importancia decisiva habida cuenta de que el Tribunal de Justicia, encarna un verdadero Poder Judicial dentro del sistema que trata de responder a los principios de separación de poderes y atribución de competencias, eficacia y equilibrio institucional. Se ha resaltado su papel unificador, la amplitud de las competencias que se le han conferido y su función constructora en la formación del ordenamiento jurídico comunitario

El Tribunal posee los medios necesarios para ejercer ese poder judicial. A él solo le incumbe la interpretación en la última instancia de los Tratados conforme previene el artículo 220 del Tratado de la Comunidad Europea al establecer que «El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado».

Situado al mismo nivel que el Consejo, la Comisión y el Parlamento, tiene la misma independencia orgánica y constituye un poder autónomo y sus decisiones se imponen irrevocablemente; posee un poder soberano.

No existe ninguna autoridad que esté investida del poder de «condenar» una jurisprudencia del juez comunitario, ni los Estados miembros, para los que el desconocimiento de la cosa juzgada supone un incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados, ni las instituciones comunitarias, cuyo poder de decisión, incluso el legislativo del Consejo se ejerce siempre bajo su control. El único modo pues sería la modificación de los Tratados.

Como vemos el Tribunal de Justicia es el interprete y garante supremo del ordenamiento jurídico comunitario, que viene concretada en el artículo 292 del TCE al establecer como ya hemos visto anteriormente, que los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado. Esto ha provocado un temor en los Estados miembros al «gobierno de los jueces».

También hemos de resaltar aquí el principio de subsidiariedad, que viene expuesto en el artículo 5 del TCE, esto es que el Tribunal de Justicia solo detenta aquellas competencias que no pueden ser atribuidas a los órganos jurisdiccionales nacionales, siendo imposible su actuación fuera de los supuestos estrictamente tasados en los Tratados.

El derecho comunitario es en parte un derecho de elaboración jurisprudencial, ya que ha sido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el que ha ido estrayendo de los Tratados una serie de principios latentes en aquellos y que han contribuido a perfilar los rasgos de un nuevo derecho.

El supersistema comunitario ha podido constituirse gracias a la labor realizada por el Tribunal de Justicia. Algunos autores como González Navarro, consideran que el *principio de primacía* es un descubrimiento del Tribunal de Justicia que permite entender la vinculación de los Tribunales de los Estados miembros al Derecho Comunitario, incluido el que es de elaboración jurisprudencial.

El Derecho Comunitario que como es sabido está integrado por el Derecho Originario –los tratados básicamente– y Derecho derivado –Reglamento, Directivas y Decisiones–, es invocable y aplicable en el interior de los Estados y tiene una jerarquía superior a los ordenamientos de los Estados miembros y no debemos olvidar que el sistema jurídico comunitario está integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros.

El fundamento de este principio de primacía, resultado de la paciente búsqueda y depuración por el Tribunal de Luxemburgo y que se concretó a partir de las conocidas sentencias Van Gend and Llos (5 de febrero de 1963) y Costa V. En el (15 de julio de 1964), podríamos sintetizarlo en dos puntos; por un lado que la soberanía de los Estados miembros está limitada como consecuencia de su integración en la Comunidad –Sentencia de 13 de julio de 1972 Comisión contra Italia, asunto 48/71– y por otro lado que el ordenamiento jurídico comunitario, como todo ordenamiento, es un conjunto coherente, y por ello debe aplicarse en términos de igualdad respecto al derecho interno de todos los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales tiene un inteligente reparto de funciones; el primero interpreta y estos últimos aplican el derecho comunitario.

II. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El procedimiento a seguir ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se encuentra regulado en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Jus-

ticia de las comunidades Europeas de 19 de junio de 1991, y asimismo en la Sección cuarta «El Tribunal de Justicia» del Tratado de la Comunidad Europea.

Nos encontramos ante un procedimiento claramente inspirado en los derechos internos de los Estados miembros y más concretamente en el modelo del proceso ante el Consejo de Estado francés, ya que la figura del Abogado General recuerda al Comisario del Gobierno del Estado en Francia.

Las características generales del sistema procesal comunitario según Carlos F. Molina del Pozo son la simplicidad y la flexibilidad.

Como características particulares del procedimiento, señala Molina del Pozo las siguientes:

- Proceso público y gratuito.
- La existencia de un proceso tipo u ordinario junto con varios procesos especiales.
- La existencia conjunta del principio de escritura y oralidad.
- Su fundamentación en el principio de contradicción.
- Y el carácter informador de los principios acusativo e inquisitivo.

El procedimiento ante el Tribunal de Justicia era en única instancia, pero tras la aprobación del Tratado de la Comunidad Europea, esta característica desaparece, convirtiéndose en un procedimiento de doble instancia, puesto que este Tratado en su artículo 225 apartado 1, establece que» Se agrega al Tribunal de Justicia un Tribunal encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de derecho y en las condiciones establecidas en el apartado 2. El Tribunal de Primera Instancia no será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 234». Este determina que resoluciones del Tribunal de Primera Instancia son susceptibles de recurso ante el Tribunal de Justicia.

1. La fase escrita

Todo escrito procesal deberá ser fechado y firmado por el Agente o el Abogado de la parte, y deberán acompañarse como anexo, los documentos justificativos invocados y una relación de los mismos. Del escrito y anexos se acompañarán 5 copias para el Tribunal y otras tantas cuantas sean las partes litigantes. (Art. 37 TCE.)

LA DEMANDA

El proceso comienza con la demanda, que deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 38 del TCE, esto es:

- a) El nombre y apellidos del demandante.
- b) Nombre de la parte contra la que se interponga la demanda.
- c) La cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados.
- d) Las pretensiones del demandante.
- e) La proposición de prueba si procediere.

La demanda contendrá la designación de domicilio en el lugar donde el Tribunal tiene su sede, indicándose el nombre de la persona que esté autorizada y dispuesta a recibir las notificaciones. Si la demanda no reünere estos requisitos, todas las notificaciones a efectos procesales se efectuarán por correo certificado dirigido al agente o abogado de la parte mientras no se haya subsanado este defecto.

Subsanación. Si la demanda no reúne los requisitos que enumera los apartados 3 a 6 del artículo 38, el Secretario del Tribunal fijará un plazo razonable para subsanarlos. Si no se subsanaren el Tribunal, oído el Abogado General determinará la admisibilidad o no de la demanda.

LA NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La demanda será notificada al demandado (Art. 39 Reglamento), quien dispone de un mes para presentar escrito de contestación. El plazo podrá ser prorrogado por el Presidente a instancia del demandado debidamente motivada.

Este escrito contendrá el nombre y domicilio del demandado, los hechos y fundamentos de derecho invocados, las pretensiones del demandado y la proposición de prueba.

RÉPLICA Y DÚPLICA

La demanda y contestación podrán completarse con escritos de replica del demandante y dúplica del demandado. En estos escritos también pueden proponerse medios de prueba en apoyo de su argumentación, siempre que motiven el retraso habido en la presentación de los mismos.

Presentada la dúplica, no presentadas réplica y dúplica o las partes hubieren renunciado a ellas, el Presidente del Tribunal fijará la fecha en la que el Juez Ponente deberá presentar al Tribunal un informe preliminar.

Este informe contendrá:

- Las propuestas sobre la procedencia de practicar las diligencias de prueba u otras medidas preparatorias.
- Así como sobre la remisión del asunto a la Sala designada conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 9.

El Tribunal, oído el Abogado General decidirá lo que proceda respecto al curso que deba darse a las propuestas del Juez Ponente.

MEDIOS DE PRUEBA

El Tribunal, oído el Abogado General determinará mediante auto las diligencias de prueba que considere convenientes y los hechos que deban probarse. El Tribunal oirá a las partes antes de acordar las pruebas testifical, pericial y de reconocimiento judicial.

Serán admisibles como diligencias de prueba:

- a) La Comparecencia personal de las partes.
- b) La solicitud de información y la presentación de documentos.
- c) El examen de testigos.
- e) El dictamen pericial.
- f) El reconocimiento judicial.

Las diligencias de prueba serán practicadas por el Tribunal o por el Ponente, en su practica participará el Abogado general y las partes podrán asistir a la misma.

Testifical. El auto acordando la práctica de la prueba testimonial, expresará los hechos que deban probarse. Los testigos serán citados de oficio, a instancia de parte o del Abogado General, debiendo expresarse por quien solicite la prueba los hechos en relación con los cuales procede oírse y las razones que lo justifiquen. El auto se notificará a las partes y a los testigos.

Los testigos serán examinados por el Tribunal previa citación de las partes y previo depósito de provisión de fondos –solo en el caso de que el Tribunal así lo acuerde– prestará declaración, tras la cual el Presidente, los demás Jueces y el Abogado General, así como los representantes de las partes, de oficio o a instancia de parte podrá formularles preguntas.

Tras la declaración deberán prestar juramento de haber dicho la verdad, salvo que el Tribunal oídas las partes le dispense de prestarlo. De la declaración de los testigos se extiende acta por el Secretario, que constituye documento público.

Pericial. Del mismo modo el Tribunal puede ordenar la realización de una prueba pericial, confiándola a cualquier persona, cuerpo, oficina comisión y órgano de su propia elección. El Tribunal podrá requerir provisión de fondos para garantizar la cobertura de los gastos causados por el dictamen pericial.

Recusación de perito o testigo. Las partes podrán recusar a peritos o testigos estableciéndose su trámite en el artículo 50 del Reglamento de procedimiento del TJCE.

Comisiones Rogatorias. El Tribunal podrá librar comisiones rogatorias para la practica de las pruebas testimonial y pericial.

2. La fase oral

Abierto el procedimiento oral, el Presidente ejercerá la dirección de la audiencia. Esta será publica a no ser que el Tribunal, de oficio o a instancia de las partes haya decidido lo contrario por motivos graves, quedando prohibida la publicación de los debates.

Esta fase que viene desarrollada en los artículos 55 a 62 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia de la siguiente manera:

- Comienza con la lectura del informe presentado por el Juez Ponente y la audiencia de los agentes y abogados.

- Tanto el Presidente como los Jueces y Abogado General podrán interrumpir el debate y dirigirles preguntas.
- El Tribunal podrá interrogar a los peritos, testigos o partes.
- Finalizado todo ello, el Abogado General presentará sus conclusiones orales motivadas.
- Oído el Abogado General, el Presidente bien declarará cerrado el procedimiento oral o podrá ordenar también una medida de instrucción o prescribir la renovación o ampliación de cualquier documento de instrucción.
- El Secretario levantará la correspondiente acta, firmada por el Presidente y por él y que tendrá el carácter de acta autentica, pudiendo las partes tener conocimiento en la Secretaria de todas las actas y obtener copias a su cargo.

3. Las conclusiones del Abogado General, la deliberación y la sentencia

El Abogado general emite sus conclusiones en audiencia pública en la que resume los términos de la causa, examina sus aspectos jurídicamente relevantes y sugiere a los jueces una o varias soluciones. Las conclusiones que como ya hemos dicho deben ser debidamente motivadas, cumplen las siguientes finalidades según Ruiz Jara-bo Colomer:

1. Facilitar al Tribunal al final del procedimiento oral una síntesis objetiva de las cuestiones debatidas y de los argumentos que pueden tener especial relieve para la decisión, encuadrados a la luz de los precedentes.
2. Ayudar a la comprensión de la sentencia y de su motivación.
3. Pueden tener especial relieve para determinar el alcance obligatorio del fallo.

Las conclusiones del Abogado General no pueden ser impugnadas por las partes, y aunque las partes han reclamado en ocasiones un derecho de respuesta, el Tribunal lo ha rehusado siempre.

Finalizado el procedimiento oral, el Tribunal delibera en secreto y, por mayoría de votos, dicta sentencia, que será pronunciada en audiencia pública convocadas las partes.

La sentencia debe contener los requisitos establecidos en el artículo 63 del Reglamento esto es:

- La indicación de que ha sido dictada por el Tribunal.
- La fecha de su pronunciamiento.
- El nombre del Presidente y de los Jueces que hayan participado en su adopción.
- El nombre del Abogado General.
- El nombre del Secretario.
- La designación de las partes.
- El nombre de los Agentes, Asesores o Abogados de las partes.
- Las pretensiones de las partes.
- La mención de que ha sido oído el Abogado General.

- Una exposición concisa de los hechos.
- Los fundamentos de derecho.
- El fallo, en el que se incluirá la decisión sobre las costas.

Notificación. Una vez firmada la sentencia, se notificará a las partes entregándoles una copia certificada, teniendo fuerza obligatoria a partir del día de su pronunciamiento.

Rectificación errores. El Tribunal bien de oficio o a instancia de parte, podrá rectificar los errores de transcripción o de cálculo o las inexactitudes evidentes en el plazo de dos semanas desde la fecha de la sentencia. El auto de rectificación de errores se unirá al original. (Art. 65 del Reglamento.)

El artículo 67 del mencionado Reglamento del Tribunal de Justicia, prevé la posibilidad de que si el Tribunal ha dejado de pronunciarse sobre un tema aislado de las conclusiones o sobre las costas, deberá alegarlo ante él por medio de demanda en el mes siguiente a la notificación de la sentencia. Notificada esta demanda a la otra parte y previa presentación de las observaciones escritas y oído el Abogado General, el Tribunal resolverá sobre la admisibilidad y la conformidad a derecho de la solicitud.

Ejecución. Las sentencias del Tribunal de Justicia gozarán de fuerza ejecutiva, rigiéndose la ejecución forzosa por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo.

4. La representación de las partes

El artículo 17 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, desarrolla el sistema de representación de las partes en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Los Estados miembros y las Instituciones de la Comunidad Europea, deben estar representados ante el Tribunal por un agente nombrado para cada asunto, el cual puede estar asistido por un consejero o por un abogado inscrito en el Colegio de cada uno de los Estados miembros.

Las otras partes deberán estar representadas por un abogado inscrito en el Colegio de cada uno de los Estados miembros, que puede no coincidir con el Estado de la parte que representa.

Los agentes asesores y abogados que comparezcan ante el Tribunal de Justicia gozarán de los derechos y garantías necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones.

III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO INTÉRPRETE SUPREMO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN Y VALIDEZ

El Tribunal de Justicia es como ya hemos dicho el interprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario, para lo que los Tratados han previsto la cuestión prejudicial de interpretación y validez.

El enjuiciamiento de la cuestión prejudicial no le compete con exclusividad al órgano jurisdiccional comunitario europeo, sino que lo comparte con el órgano judicial del Estado miembro que plantea la cuestión.

OBJETO Y FINALIDAD DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El objeto de la cuestión prejudicial es la interpretación uniforme de los Tratados y de los actos de las Instituciones europeas y la depuración de los actos de estas Instituciones contrarios a derecho.

Molina del Pozo, en su obra *«Procedimiento y recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea»*, sostiene que la finalidad del procedimiento de reenvío judicial, consiste, por un lado en el control indirecto de la legalidad comunitaria permitiendo la uniformidad de interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y por otro lado en la colaboración entre los Tribunales nacionales y el órgano jurisdiccional comunitario europeo, los cuales dentro de sus propias competencias, contribuyen directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión con objeto de asegurar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros.

A diferencia de los recursos directos donde nos encontramos con verdaderos procesos autónomos, la cuestión prejudicial es un simple incidente prejudicial originado en un proceso contencioso y como tal accesorio al proceso principal. Por tanto se trata de un incidente que se presenta en un proceso principal seguido ante una instancia nacional, cuyo procedimiento es objetivo, ya que no hay intervención de las partes, sino que son los Tribunales nacionales y comunitario europeo los que actúan, lo que evita los envíos puramente dilatorios y que además acentúa la colaboración entre el Tribunal de Luxemburgo y los Tribunales Nacionales.

Para Pastor López, no basta con establecer unas normas supranacionales para lograr una unidad y la uniformidad de interpretación y aplicación en todo el ámbito comunitario, se precisa un mecanismo de control que evite la dispersión y ruptura de aquella unidad jurídica. Por ello, el incidente prejudicial es el instrumento procesal que permite esa unidad de interpretación aplicación del ordenamiento jurídico por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que han de aplicarlo directamente cuando proceda, en la resolución de los litigios de que conozcan en calidad de jueces comunes u ordinarios. En definitiva se trata de asegurar, aunque de una manera indirecta, el respeto al principio de legalidad comunitaria por los jueces estatales, a los que se encomienda dicha aplicación del Derecho Comunitario.

La sentencia dictada por el TJCE en el asunto *«Rehinmühlen Düsseldorf»* se refiere expresamente a la finalidad que hemos expuesto diciendo en su fundamentación que el artículo 234 del TCE es esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por el Tratado, pues tiene por fin asegurar a aquel Derecho, en todas las circunstancias, el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad, mirando así a prevenir divergencias en la interpretación del Derecho Comunitario que los órganos jurisdiccionales estatales deben aplicar.

La función propia del incidente prejudicial, según Pastor López, es análoga a la que desempeña el recurso de casación respecto del ordenamiento jurídico español; no

obstante su naturaleza y alcance difieren sustancialmente. Basta apuntar que el control que ejerce el Tribunal Supremo sobre la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico interno por los Tribunales nacionales, en salvaguarda del principio de legalidad, se realiza mediante un verdadero recurso directo, el cual se basa en la superioridad jerárquica de aquél sobre estos, que no se da en el TJCE sobre los órganos judiciales estatales, superioridad que permite casar o confirmar la sentencia recurrida. Por el contrario en el sistema de control comunitario, el incidente prejudicial no es un verdadero recurso, ni el TJCE decide directamente el asunto, y tampoco se fundamenta en una jerarquía judicial. El TJCE, se limita a decidir de una auténtica cuestión prejudicial, con lo que puede condicionar indirectamente la resolución del asunto, pero nunca sustituir con su sentencia, que habrá de dictar el Juez nacional. Por tanto puede aceptarse la denominación de recurso indirecto, que frecuentemente se asigna al procedimiento del artículo 234.

La doctrina y la Jurisprudencia del TJCE, han puesto de relieve que el procedimiento prejudicial, es un marco muy particular de *cooperación judicial*, en el que el órgano jurisdiccional estatal y el TJCE, dentro de sus competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión con vistas a asegurar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario.

Para Pastor López, su esencia es jurisdiccional, pero pese a que con frecuencia se le designa como recurso, -indirecto, prejudicial o de interpretación-, no es tal recurso en sentido técnico procesal. Nos hallamos ante un simple incidente prejudicial. Su naturaleza y funcionamiento guardan analogía con los que corresponden a la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad que regula el art.35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cuanto que establece que cuando un Juez o Tribunal considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional.

Según Molina del Pozo, el inicio del reenvío prejudicial tiene lugar con la suspensión, por parte del Juez nacional, del litigio principal y el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el órgano jurisdiccional comunitario europeo, terminado con la respuesta del Tribunal de Justicia contenida en una sentencia que será remitida al Juez interno, el cual deberá continuar el procedimiento principal y dictar su sentencia ateniéndose a la respuesta recibida.

Para comenzar a estudiar la cuestión prejudicial debemos centrarnos en el artículo 234 del TCE, antiguo artículo 177 del TCEE, que textualmente establece:

«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial :

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado.
- b) Sobre la validez e interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.
- c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Si se plantea en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.»

La cuestión prejudicial viene asimismo regulada en el artículo 35 del Tratado de la Unión Europea.

En consecuencia a través de la Cuestión Prejudicial, se esta articulando un mecanismo de colaboración entre el TJCE y los jueces nacionales que tiene por finalidad, como señala la profesora Silvia Barona Vilar, unificar la aplicación del derecho comunitario en los procesos seguidos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, lo que ha sido corroborado por la jurisprudencia del propio TJCE.

REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En nuestro ordenamiento jurídico, la aceptación de las consecuencias de la integración de España a la Comunidad Europea, está avalada por el artículo 93 de la Constitución, en el que se establece que mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Por último la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, dispone en el artículo 2 que el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes y en los tratados internacionales.

1. Noción de órgano jurisdiccional de un Estado miembro y de órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno.

Un juez de un Estado miembro, en cualquiera de las fases del proceso lógico tendente a resolver el caso que se le ha sometido, puede verse en la necesidad de tomar en consideración una disposición del ordenamiento jurídico comunitario. Cuando a este Juez le surjan dudas en torno a la intervención o validez de esta disposición, se encontrará ante una cuestión prejudicial comunitaria. En este caso el órgano jurisdiccional de cada uno de los Estados, podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma si lo considera necesario para emitir su fallo.

Dos aspectos deben examinarse, la determinación de la pertinencia de una disposición comunitaria, y el papel que desempeña el juez nacional y el TJCE.

- El artículo 234, como hemos visto establece que la cuestión que se suscite tenga el carácter de prejudicial, y que sea necesario proceder a la interpretación o determinación de la validez de una norma comunitaria previamente a la resolución de un proceso.
- La apreciación de la pertinencia corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del asunto según el artículo 234 y por ello no es de extrañar que el TJCE no se haya visto en la necesidad de pronunciarse sobre el tema.

El control de corrección del juicio emitido por el juez en este punto queda en manos del órgano jurisdiccional superior, en el supuesto de que quepa recurso contra la decisión que ponga fin al proceso.

Del precepto comunitario, se desprende una distinción entre:

- Órganos jurisdiccionales que deben preguntar al TJCE *siempre*, cual es la interpretación adecuada a la norma comunitaria que le parece aplicable para resolver el litigio, aquellos órganos cuya decisión no es susceptible de recurso según el ordenamiento jurídico interno,
- y órganos jurisdiccionales que pueden hacerlo cuando les parezca necesario para poder emitir sus fallos, esto es aquellos contra cuya resolución quepa recurso.

Esta distinción parece clara según Pastor Borgoñon:

- En los casos en que cabe recurso, la cuestión prejudicial todavía puede plantearse ante el TJCE por el órgano jurisdiccional superior al conocer el recurso
- En los casos en que el órgano resuelve en última instancia, esto ya no es posible y por tanto, dicho órgano estará obligado a plantear la cuestión.

La doctrina y algunos altos órganos jurisdiccionales de algunos países miembros, se han manifestado en contra de la obligatoriedad de plantear la cuestión prejudicial. El propio TJCE, ha reconocido que la regla del artículo 234 no es absoluta puesto que ha afirmado que la cuestión no debe plantearse cuando sea materialmente idéntica a otra cuestión ya resuelta por el TJCE. Posteriormente ha afirmado que no deben plantear la cuestión prejudicial cuando la disposición comunitaria se imponga con tal evidencia que no debe dar lugar a ninguna duda.

Parece evidente que no puede negarse a los jueces de los Estados miembros la facultad de decidir discrecionalmente si es o no procedente plantearse una cuestión prejudicial. A favor de esta posición se plantea que si se niega al Juez la facultad de decidir cuando el planteamiento de una cuestión prejudicial es procedente, se deja a las partes la posibilidad de utilizar la alegación de la aplicabilidad del Derecho Comunitario como maniobra dilatoria en un proceso y por tanto colapsar el TJCE con cuestiones prejudiciales inútiles

Para Pastor Borgoñon, la diferencia entre órganos pertenecientes a uno u otro grupo que distingue el artículo 234, se refleja sin embargo en las consecuencias que se derivan del grado de certeza del juicio del juez, sobre la validez o interpretación de la disposición comunitaria. Así cuando el titular de un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones son susceptibles de recurso está convencido de que una determinada interpretación es la correcta o de que la norma es válida, debe aplicarla sin plantear la

cuestión prejudicial. Y si tiene dudas sobre la validez o interpretación de la norma, debe solicitar el pronunciamiento del TJCE.

En cuanto a los órganos jurisdiccionales que deciden en última instancia, el planteamiento es a la inversa, esto es; el hecho de reconocer que respecto a la validez o interpretación de una norma comunitaria cabe adoptar distintas posiciones, debe llevarles a someter la cuestión prejudicial. Solo cuando una solución le parezca evidente a todo el mundo puede aplicarla directamente para resolver el litigio del que está conociendo.

Para el Magistrado Sr. Pastor López, el juez nacional, tanto si se trata del comprendido en el párrafo segundo o tercero del art.234, solamente podrá prescindir del planteamiento de una cuestión prejudicial de apreciación de validez cuando no ofrezca duda la efectiva validez de la norma o disposición de Derecho comunitario de que se trate, en cuyo supuesto habrá de aplicarla sin más para la resolución del asunto que esté enjuiciando. En ningún caso podrá declarar por sí la invalidez de aquéllas, función que compete exclusivamente al TJCE.

2. La cuestión prejudicial de interpretación

La noción de interpretación desde el punto de vista del Derecho Comunitario según el Magistrado Pastor López, no coincide exactamente con la que suele aceptarse por los juristas en general, esto es una operación intelectual por la que se trata de determinar el sentido y alcance de una disposición o norma jurídica. Sin embargo cuando se trata del incidente que regula el artículo 234 del TCE, es preciso separar tajantemente la interpretación de la norma de su aplicación al caso litigioso, y ello constituye una de las dificultades prácticas, ya que la delimitación entre ambas, unidas al juzgar, no es fácil de establecer. Pero es preciso hacerlo porque el principio general en esta materia consiste en que el TJCE tiene competencia para interpretar pero no para aplicar el Derecho comunitario que corresponde a los tribunales nacionales.

Pero pese a ello, el TJCE, en sus sentencias, ha declarado que la cuestión prejudicial de interpretación, debe plantearse mediante una información completa de los términos y elementos del litigio que constituye el objeto del proceso principal, para así poder interpretar debidamente las disposiciones comunitarias que sean aplicables.

El Juez A.M.Donner, expresa textualmente que la experiencia nos ha enseñado que una interpretación general y abstracta no responde al objetivo contemplado, sino que es precisa una interpretación fundada en mayor medida sobre el análisis del caso litigioso para alcanzar el fin del artículo 234 (anterior 177), que es el de promover la uniformidad de aplicación del Derecho comunitario. La interpretación debe ser dada teniendo en cuenta las circunstancias del litigio para lo cual es pedida, pues en otro caso no proporciona ningún esclarecimiento y no es más que una explicación de las disposiciones comunitarias, que no aporta al juez nacional más que una ayuda precaria y queda muda sobre los puntos litigiosos.

La mayor parte de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con cuestiones prejudiciales se basan en las de carácter interpretativo.

La cuestión prejudicial de interpretación debe basarse en la existencia de una duda razonable acerca de cómo ha de ser interpretado el Derecho comunitario y la necesidad de que su aclaración por el TJCE sea objetivamente necesario para que el órgano jurisdiccional pueda resolver el proceso principal.

Debe versar conforme enumera el artículo 234 del TCE sobre:

- a) El Tratado de la Comunidad Europea.
- b) Los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad Europea.
- c) Los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

A) Respecto al Tratado de la Comunidad Europea, conviene resaltar que no se refiere el artículo 234 solamente al Tratado en sí mismo, sino también a los Protocolos, Tratados firmados posteriormente que lo completen o modifiquen y los Tratados de adhesión de los Estados miembros.

B) En cuanto a los actos adoptados por las Instituciones europeas, el concepto actos engloba los Reglamentos, Directivas, Decisiones y también otras medidas o actos que produzcan efectos obligatorios, emanados de las instituciones comunitarias y el Banco Central Europeo.

Los dictámenes y decisiones informales, no obligatorios se encuentran fuera de las posibilidades de planteamiento de la cuestión prejudicial aunque el Tribunal de Justicia ha mantenido que la naturaleza de un acto procede de su alcance real y no de la forma que le hayan dado sus autores.

La nota informativa sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales del TJCE de diciembre de 1996, considera que la cuestión prejudicial debe limitarse a la interpretación o a la validez de una norma comunitaria, ya que la interpretación del derecho nacional corresponde al juez nacional.

Según la doctrina, habría que incluir dentro de esta cuestión prejudicial, los acuerdos de la Comunidad Europea con terceros países y con algunos Estados miembros y con Organizaciones Internacionales, así como los acuerdos celebrados entre Estados miembros.

Respecto a los actos de otros organismos comunitarios, hemos de distinguir entre los actos de los organismos que puedan asimilarse a los emanados de las instituciones de la Comunidad propiamente dichas –de los Fondos Especiales, FEDER, del Banco Europeo de Inversiones– y de otros los de los organismos que no poseen un poder de decisión y no son asimilables, –Comité Económico y Social, Tribunal de Cuentas–. Mientras que los primeros sí que son susceptibles de reenvío prejudicial en interpretación los segundos no lo son.

3. La cuestión prejudicial de validez. Remisión

Los órganos jurisdiccionales estatales pueden también someter al TJCE cuestiones relativas a la validez de normas o disposiciones –actos– emanadas de las Instituciones comunitarias, a fin de dilucidar si al dictarlas, se han desconocido preceptos o

principios de los Tratados, lo cual significaría un ataque al principio de legalidad comunitaria.

La cuestión prejudicial de validez, versará sobre los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad, no sobre los preceptos de los Tratados. Debe basarse en la apreciación de validez de las disposiciones dictadas por la Comunidad Europea.

La declaración de invalidez, llevará consigo la inaplicabilidad de la disposición cuestionada al litigio que sea objeto del proceso en que el incidente se inicia.

Mediante esta cuestión, regulada en el artículo 234 del TCE, el Tribunal de Justicia se limita a constatar el estado actual del Derecho, con objeto de que el Juez nacional proceda en consecuencia. Asimismo el Tribunal asegura la coherencia del orden jurídico comunitario y garantiza la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los particulares.

Para Molina del Pozo, los actos susceptibles de presentar la cuestión prejudicial de validez son los siguientes:

- a) Actos emanados del Consejo y Comisión.
- b) Actos de otros organismos comunitarios.

A) **Respecto a los actos concluidos por la Comunidad**, representada por el Consejo y la Comisión con terceros países o con algunos Estados miembros y otras organizaciones internacionales consideradas como actos asimilables a los emanados de estas Instituciones, la apreciación de validez por vía prejudicial versará no sobre el contenido del acuerdo en sí, sino sobre el acto de conclusión del mismo, de manera que si el Tribunal lo declara inválido, la invalidez no afectará a su fuerza obligatoria en Derecho internacional, sino a su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario.

De la misma manera se apreciará la validez por vía prejudicial de las disposiciones pertinentes adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión, previa consulta con el Parlamento en base a los artículos 308 y 71 del TCE.

En cuanto a los *Acuerdos Internacionales*, el Tribunal de Justicia no será competente para apreciar la validez a través del incidente prejudicial aunque sí la interpretación, según se desprende de la mayor parte de la doctrina, conforme asegura el profesor Molina del Pozo.

B) **Actos de otros organismos comunitarios**. El poder plantear la cuestión de validez, dependerá de que se trate de organismos que puedan asimilarse a las instituciones propiamente dichas o que no posean un poder de decisión y no puedan, por tanto, ser asimiladas a las mencionadas instituciones.

La declaración de invalidez llevará consigo la inaplicabilidad de la disposición cuestionada al litigio que sea objeto del proceso en que el incidente se inicia. Es un medio de control de la manera como las Instituciones comunitarias (Comisión y Consejo), ejercen sus atribuciones y por tanto se asemeja al recurso de anulación, según afirma el Magistrado Pastor López.

En cuanto a sí los Tribunales nacionales están facultados y no obligados a plantear la cuestión prejudicial, en opinión de Pastor López, el juez nacional, solo podrá prescindir del planteamiento de una cuestión prejudicial de apreciación de validez cuando no ofrezca duda la efectiva validez de la norma o disposición de Derecho Comunitario de que se trate, en cuyo supuesto habrá de aplicarla sin más para la resolución del asunto que esté enjuiciando. En ningún caso podrá declarar la invalidez de aquellas, función que compete únicamente al TJCE.

Antes de finalizar de analizar la cuestión prejudicial vamos a estudiar el *procedimiento de tramitación de ambos tipos de incidente prejudicial*.

SUJETOS QUE PLANTEAN LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Según el artículo 234 TCE, son los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros quienes se hallan habilitados para plantear la cuestión prejudicial.

En España no se plantea duda alguna respecto a lo que debe entenderse por órgano jurisdiccional, sin embargo, habría que plantearse si es viable considerar a efectos del artículo 234 como órgano que puede plantear la cuestión prejudicial, a órganos de carácter administrativo como el Tribunal de Defensa de la Competencia o los Tribunales Económico Administrativos por ejemplo.

Según Ruiz Jarabo Colomer, el Tribunal de Defensa de la Competencia, presenta las características para poder plantear la cuestión prejudicial, esto es, origen legal, permanencia, jurisdicción obligatoria, independencia, proclamada en la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia. Surgen mas dudas en cuanto a los Tribunales económico administrativos por su falta de independencia.

PROCEDIMIENTO

La nota informativa sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial por los órganos jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de diciembre de 1996 nos da algunas indicaciones acerca del procedimiento a seguir que hasta entonces no existía.

- *Cuando se plantea la cuestión prejudicial.* Debe plantearse tanto en primera instancia, en segunda instancia y en casación. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la conveniencia de que se plantee en un estadio avanzado del proceso, sin embargo la nota informativa aludida, incide en el hecho de que el órgano jurisdiccional nacional puede remitir al TJCE la cuestión tan pronto como estime que necesita una decisión sobre algún extremo de interpretación o validez.
- *Efectos.* El planteamiento de la cuestión prejudicial, conlleva la suspensión del procedimiento principal.
- *Forma de plantear la cuestión prejudicial.* El Tribunal de Justicia proclama el principio de formas remitiéndose al derecho interno. En España se ha considerado aplicable el procedimiento para plantear la cuestión prejudicial constitucional:

- Propuesta de oficio por el órgano jurisdiccional si lo considera, o a instancia de cualquiera de las partes del proceso, que lo podrá solicitar en un escrito *ad hoc*, en los escritos de alegaciones, demanda, contestación, réplica o dúplica o de forma oral en la vista.
- Principio de contradicción; se ha de oír a las partes antes de remitir la cuestión prejudicial al TJCE.
- La resolución planteando la cuestión prejudicial, ha de ser motivada de manera sucinta pero completa, redactada de manera clara, traducida a las lenguas oficiales, acompañada de los documentos necesarios para la comprensión del litigio
- *Quien resuelve la Cuestión Prejudicial.* El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, quedando excluido el de Primera Instancia.
- *El procedimiento prejudicial.*
 - Es gratuito.
 - Consta de una fase escrita, otra oral y sentencia, al igual que el procedimiento ordinario ante el TJCE.
- *Efectos de la sentencia dictada en la cuestión prejudicial de interpretación.* La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia, para la profesora Barona Vilar, obliga a resolver el proceso principal de acuerdo con la interpretación efectuada por aquel, lo que no impide que el juez nacional pueda llegar a plantear una nueva cuestión al Tribunal de Justicia si lo estimare necesario para resolver el proceso principal. Esta obligación de ajustarse a la sentencia de interpretación, como apunta alguna doctrina, alcanza también a las jurisdicciones de instancia superior que puedan conocer del mismo asunto, que, a su vez, puede formular nuevas preguntas tendentes a que el Tribunal complete o aclare su respuesta anterior.

En cuanto a la cuestión de qué efecto puede tener esta sentencia de interpretación del derecho comunitario respecto de los demás órganos jurisdiccionales, la profesora Barona mantiene que tiene un valor de precedente, pudiendo solicitarse esa interpretación sin necesidad de solicitar una nueva. Cuestión distinta sería si lo que pretende el juez nacional es apartarse de la interpretación efectuada en su momento por el TJCE, dado que está obligado a formular una nueva cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia en su sentencia Da Costa mantuvo que sus pronunciamientos prejudiciales en materia de interpretación tienen una autoridad general que alcanza, además de al juez nacional que planteó la cuestión, a todos los órganos jurisdiccionales nacionales. El Tribunal ha venido aplicando la teoría de la exigencia de la identidad material, considerando que la obligación de plantearla desaparece en aquellos casos en que se pronunció en caso análogo, incluso no existiendo una estricta identidad de situaciones.

- *Efectos de la sentencia dictada en la cuestión prejudicial de validez.* Tiene el valor de precedente, de manera que sirve a los efectos de resolver cuestiones semejantes a las que ya fueron resueltas. Sin embargo, cualquier juez puede ha-

cer una nueva pregunta si lo hace utilizando unos argumentos distintos de los que motivó la sentencia anterior.

La declaración de validez o invalidez de una disposición de derecho comunitario va a producir un mayor efecto que lo que puede provocar la interpretación, por lo que puede afirmarse, según la profesora Barona Vilar, que dicho pronunciamiento tiene valor definitivo, dado que si bien el destinatario inmediato es el juez, de manera mediata van a verse afectados todos aquellos jueces que pueden llegar a considerar este acto como inválido respecto de una posible decisión que puedan llegar a tomar. El Tribunal ha ido poco a poco aproximando la cuestión prejudicial de invalidez al recurso de anulación.

- *Efectos generales de la sentencia.* Las sentencias dictadas por el TJCE en el cauce prejudicial que estamos estudiando como las recaídas en los recursos directos, constituyen jurisprudencia comunitaria. Y los criterios en ellas contenidos pasan a formar parte del ordenamiento jurídico comunitario.
- *Efectos en el tiempo.* Se trata de una sentencia declarativa y por ello tiene en principio efectos retroactivos. No obstante, según observa Pastor López, el TJCE se ha reservado la facultad excepcional de limitar el efecto *ex tunc*, utilizando la técnica anglosajona de retroactividad limitada cuando estima que los resultados que se producirían serían muy negativos.

4. Remedios Jurisdiccionales frente al incumplimiento por un órgano jurisdiccional nacional de la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE

Como ya hemos dicho durante la exposición de la cuestión prejudicial, el juez nacional está obligado a tramitar la cuestión cuando se le plantee en el litigio seguido ante él, y contra cuya resolución definitiva no quepa ulterior recurso, conforme viene preceptuado en el último párrafo del artículo 234 del TCE y no estará obligado sino que «podrá pedir» al Tribunal que se pronuncie sobre la cuestión en el caso contrario, esto es que no sea una resolución firme sino dictada en Primera Instancia.

Aunque el artículo 234 no lo menciona, el Tribunal ha entendido que para que exista *obligación* de reenvío se requiere que al Juez se le plantee una duda, de forma que sin una respuesta del Tribunal de Justicia, el Juez nacional no puede resolver el litigio principal. Se trata por tanto de extender lo regulado en el apartado 2.º al tercer apartado.

De la teoría del acto claro aplicada por el Tribunal de Justicia se desprende que la cuestión debe ser seria, esto es, que la respuesta que se pretende no se pueda deducir de los textos de sentencia en casos análogos.

Por todo ello según Molina del Pozo, para que el Juez nacional pueda decidir si está obligado o no a interponer la cuestión prejudicial, debe analizar si la evidencia que él ha obtenido de su interpretación es la misma que se aplica en los demás Estados miembros o no. Si se trata de una evidencia generalmente admitida y aplicada en los Estados miembros, el Juez nacional deberá de abstenerse de plantear la cuestión

Hemos de resaltar que el artículo 234 no impone ninguna sanción al órgano jurisdiccional nacional que estando obligado no interpone el incidente prejudicial. Por tanto es el propio órgano nacional, en su calidad de juez comunitario, el que deberá ser consciente del papel y de las responsabilidades que le corresponden en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario en su respectivo país y no entender la labor interpretativa y de asistencia del Tribunal de Luxemburgo como una intromisión en el ejercicio del poder judicial.

No obstante, la violación de la obligación que impone el artículo 234-3.º del TCE de plantear la cuestión prejudicial, supone un incumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos. Este comportamiento es susceptible de ser condenado por la vía de los artículos 226 y 227 del Tratado, que es el procedimiento establecido para el recurso de incumplimiento.

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario, se proclama por primera vez por el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y Bonitaci, al concluir que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a particulares como consecuencia de violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables. Desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, la responsabilidad del Estado español por incumplimiento del derecho comunitario deriva del principio general de responsabilidad de los poderes públicos proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, y con respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración en el artículo 106.2 de la Constitución y en el artículo 139 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Procedimiento Administrativo.

La responsabilidad en cuanto al Estado-Administración y Estado-legislador, ofrece mayores posibilidades de aplicación. Pero en cuanto al eje Estado-Juez sería, según Gil Ibañez, difícilmente admisible, puesto que precisamente son las autoridades judiciales las encargadas de velar por el cumplimiento del Derecho Comunitario, en cuanto juez comunitario que son, y su incumplimiento podría hacerse valer mediante los correspondientes recursos previstos en el ordenamiento jurídico procesal.

Plantea Palacio González, que vulnera el principio del derecho al juez predeterminado por la ley, un Tribunal que, conociendo en última instancia de un determinado litigio, se negase a plantear una cuestión prejudicial, en alguno de supuestos del artículo 234 del TCE, o aun cuando su resolución fuere recurrible, inaplicara una norma comunitaria sin formular ante el Tribunal de Justicia la cuestión relativa a su validez.

Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en una línea jurisprudencial que arranca de la sentencia de 22 de Octubre de 1986, ha reconocido al Tribunal de Justicia la condición de «juez legal». Esta definición como juez predeterminado por la Ley ha permitido al Tribunal Constitucional Alemán afirmar que viola el derecho al mismo y abre la posibilidad de recurso de queja constitucional –recurso de amparo español–, la negativa de un Tribunal a plantear una cuestión prejudicial estando obligado a ello, o el hecho de que tras haberla planteado, el órgano jurisdiccional *a quo* no se atenga estrictamente a los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia.

En el sistema constitucional español, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del artículo 24 de la Constitución, es de los invocables en la vía de am-

paro. Por ello ante una situación similar a la planteada por el Tribunal Alemán, es perfectamente imaginable, según Palacio González, que el Tribunal Constitucional Español reconociera al Tribunal de Justicia la condición de juez legal, declarando recurrible en amparo la negativa no fundada a plantear una cuestión prejudicial.

Hay que tener en cuenta a este respecto, que si como afirmó el Tribunal Constitucional Español en su sentencia de 12 de julio de 1982, 47/82, entre las normas que conducen a la determinación del juez se encuentran las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales, en los supuestos de la obligatoriedad de la vía prejudicial, el tribunal nacional deja de tener jurisdicción para pronunciarse sobre la validez o la interpretación de la norma comunitaria del que ha sido llamado a conocer, en beneficio del Tribunal de Justicia, interprete supremo del ordenamiento comunitario.

Por otra parte, aquellas resoluciones que ignoren la obligación de formular una petición de decisión prejudicial, en los supuestos concretos en que dicha obligación existe, podrían calificarse de arbitrarias y de atentatorias contra la tutela judicial efectiva, uno de cuyos elementos integrantes es el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Sin embargo el Tribunal Constitucional Español, no ha resuelto un asunto igual al planteado al Tribunal Alemán, pero en la sentencia de 22 de marzo de 1991 núm. 64/91, el TCE, estimó que los motivos de amparo han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los artículos 14 a 30 de la Constitución... con exclusión por tanto de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela, únicamente podrían llegar a tener en su caso, el valor interpretativo que a los tratados internacionales asigna el artículo 10.2 de la Constitución.

Sorprende el TCE, según Palacio González, por que si en virtud del artículo 10.2 de la Constitución, una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede fundamentar un recurso de amparo, no se entiende por qué un bloque de legalidad, que como el Derecho comunitario, está llamado a tener en los ordenamientos de los Estados miembros un impacto mayor que el Convenio de Europa sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no podría llegar a constituir una medida de enjuiciamiento de la constitucionalidad de los actos, cuando menos en aquellos supuestos en los que la norma interna controvertida afectara al ejercicio de los derechos fundamentales.

IV. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO GARANTE DEL RESPETO DEL DERECHO COMUNITARIO POR LAS PROPIAS COMUNIDADES

1. El recurso de anulación

El recurso de anulación aparece regulado en los artículos 230, 231 y 233 del Tratado de la Comunidad Europea. En virtud de este recurso, los Estados miembros, las instituciones comunitarias, e incluso en algunos casos los particulares, podrán pedir al Tribunal de Justicia que declare contrarios al derecho comunitario y por tanto anule, ciertos actos —normativos o administrativos— que emitan el Consejo, la Comisión, el Banco Central Europeo y el Parlamento Europeo.

Este recurso, que deberá dirigirse contra los actos comunitarios de carácter obligatorio, constituye según Molina del Pozo, un instrumento esencial para asegurar la legalidad del ordenamiento comunitario y garantizar la protección jurídica de todos los sujetos de la Comunidad. Por ello deberá fundarse sobre la ilegalidad del acto atacado y no sobre su oportunidad, debiendo las partes pretender en el mismo nada más que la anulación del mencionado acto sin que el Tribunal pueda pronunciarse sobre su reforma.

ACTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO.

Conforme al artículo 230 son susceptibles de recurso:

- Los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes.
- De los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

Para Nieva Fenoll, se incluyen en este precepto todos los actos que emitan estas instituciones, entre ellos los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones, y también los actos que camuflados bajo otra denominación tengan el contenido y los efectos citados. El Tratado, rechaza sin embargo la posibilidad de acción contra las recomendaciones y dictámenes de las Instituciones Comunitarias.

En cuanto a los actos del Parlamento el artículo 230 establece una matización, ya que solo son anulables aquellos que estén destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, por lo que el resto escapan al control del Tribunal de Primera Instancia. Esta limitación no afecta a los actos que adopta el Parlamento junto con el Consejo en virtud del procedimiento de codecisión, que serán anulables en todo caso.

Solo serán anulables los actos que revistan efectos jurídicos externos a la Institución, así la sentencia dictada en el Recurso Partido ecologista Los Verdes contra Parlamento AS 294/83, viene a limitar la anulación a los actos encaminados a producir efectos jurídicos con respecto a terceros.

LOS SUJETOS.

La legitimación activa aparece regulada en los párrafos 2 y 3 del artículo 230 del Tratado de la Comunidad Europea.

Están legitimados para el ejercicio de la acción de anulación:

- Los Estados miembros, el Consejo o la Comisión.
- El Parlamento y el Banco Central Europeo, pero solo con el fin de salvaguardar sus prerrogativas.
- Las personas físicas o jurídicas sólo podrán ejercitar la acción de anulación contra decisiones de las que sea destinataria, o contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.

En cuanto a este último punto, Nieva Fenoll, sostiene que existe el peligro de que apareciera una decisión camuflada bajo la forma de Reglamento-norma cuya anulación no podrían pedir los particulares-, o podría ocurrir que aunque fuera destinataria de la Decisión una persona concreta, no fuera esta persona la afectada por el acto administrativo, - la decisión-, sino otra diferente que no es destinataria y por tanto no podría pedir la anulación a pesar de hallarse afectada. El TCE soluciona este problema declarando expresamente que será anulable, pero solo en el caso de que demuestren que el Reglamento o la Decisión les afecta directa e individualmente a ellos. Aunque lo cierto es que el Tribunal de Justicia solo ha reconocido la existencia de legitimación de las personas de derecho privado en contadísimas ocasiones.

MOTIVOS DE ANULACIÓN

El acto solo podrá ser anulado por unos motivos concretos que ofrece el TCE en el párrafo segundo del artículo 230 y que ha desarrollado la jurisprudencia.

1. **Incompetencia.** Se refiere solamente a la incompetencia de una Institución comunitaria usurpando las competencias de otra. Este motivo es considerado por el Tribunal de orden público y por tanto es posible que conozca de él de oficio.

2. **Vicios sustanciales de forma.** A través de este motivo se sancionan los vicios del procedimiento de adopción del acto (tanto del proceso de elaboración de los actos como el procedimiento de toma de decisión), y los vicios de la forma exterior del acto en sí mismo.

3. **Violación del TCE o de cualquier norma relativa a su ejecución.** En distintas sentencias, incluye el Tribunal en este concepto todo el llamado bloque de legalidad comunitaria, es decir, todo el derecho primario y derivado. Los principios generales del derecho e incluso la costumbre. Este motivo, según Nieva Fenoll, suele basarse en el principio de jerarquía normativa, es decir, que una norma comunitaria de rango inferior viole lo dispuesto por una de rango superior.

4. **Desviación de poder.** La jurisprudencia entiende que la desviación de poder se produce si una Institución adopta un acto con una finalidad diferente de la que está prevista en la norma comunitaria.

La desviación de poder según la doctrina francesa incluye los tres tipos según el derecho francés:

- Que la decisión esté carente de todo objetivo de interés público.
- Que teniendo el objetivo un interés público, no sea este el correcto.
- Cuando existe un procedimiento predeterminado para la adopción de un acto que además ha de cumplir una serie de presupuestos o requisitos, y para evitar cumplir estos requisitos, el ente administrativo adopta el acto a través de otro procedimiento.

PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

El recurso de anulación deberá interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente, o a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo.

PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA

El procedimiento se inicia igual que el resto de los procesos principales, demanda, finalizando por la sentencia.

La sentencia declarará nulo de pleno derecho el acto o bien rechazará la demanda.

La nulidad es retroactiva, y aunque el Tribunal de Justicia no puede declarar los efectos de la anulación, esta debe afectar a los actos dependientes del acto anulado.

La Institución está obligada a ejecutar materialmente la declaración de nulidad del Tribunal de Justicia.

Respecto a los reglamentos el artículo 231 establece que el Tribunal de Justicia podrá dejar subsistentes algunos efectos del Reglamento anulado que si fueren suprimidos perjudicarían a terceros o en general no serían positivos, y cuyo mantenimiento no afecta a la nulidad del acto. El Tribunal ha ido más allá y en la sentencia AS 295/90 Parlamento c/ Consejo ha reconocido la misma posibilidad cuando se trate de una directiva.

2. El recurso por omisión

Regulado en el artículo 232 y 233 del TCE, sirve para que los Estados, las Instituciones Comunitarias o en algunos casos los particulares, puedan denunciar ante el Tribunal una falta de actuación de una Institución Comunitaria en los casos en que según el Tratado debiera haber adoptado un acto. Las Instituciones, según el Tratado tienen unas obligaciones que cumplir. En el fondo puede reclamarse el cumplimiento de cualquier actuación, incluso la de que la Institución formule una recomendación o dictamen. Pero es necesario que la obligación de adoptar un acto esté prevista directa o indirectamente por el TCE.

La finalidad del presente recurso es la constatación ante el Tribunal de Justicia de la inactividad del Consejo, de la Comisión o del Parlamento Europeo, con objeto de que éste les obligue a pronunciarse, lo que supone también según Molina del Pozo, un control de la legalidad ejercido sobre las instituciones comunitarias a semejanza del recurso de anulación que más tarde analizaremos.

Para un amplio sector de la doctrina, el recurso por omisión constituye un recurso independiente, de naturaleza declaratoria, cuyo objeto es constatar el carácter ilegal de la abstención de la institución demandada. En cambio, de algunas sentencias del Tribunal de Justicia se desprende su interpretación como un caso particular de recurso de anulación.

OBJETO DEL RECURSO

El objeto es una omisión de la Institución. En qué consista esta omisión es cuestión que el Tratado señala de forma insuficiente.

El artículo 232 declara «en caso de que en violación del presente Tratado, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión *se abstuvieran de pronunciarse*, los

Estados miembros, y las demás Instituciones de la Comunidad, podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación».

Más adelante, respecto a las entidades de derecho privado se expresa en estos términos: «Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal de Justicia, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por *no haberle dirigido* una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen». La verdad es que no está lo suficientemente claro.

Pronunciarse, según ha interpretado la doctrina, significa emitir cualquier acto que las instituciones comunitarias estén capacitadas para adoptar.

No haberle dirigido... un acto distinto de una recomendación o de un dictamen, según Nieva Fenoll, el Art. 232-3.º, la utiliza referida a las entidades de derecho privado, que actúan como destinatarias del acto. Teniendo en cuenta esto, señala, debemos destacar que su posibilidad de acción debe ser limitada, ya que de lo contrario los particulares podrían impugnar por esta vía actos presuntos cuya anulación no podrían pedir si fueran expresos. Y además que la entidad de derecho privado debe ser la destinataria del acto, el Derecho Comunitario debe prever que el acto se le destine a esa persona.

También hemos de resaltar que el artículo 232-3.º establece que el acto omitido no debe ser ni una recomendación ni un dictamen. Estos actos carecen de efectos obligatorios y por tanto es difícil que tratándose de particulares, su omisión pudiera producirles efectos jurídicos.

CAUSAS QUE MOTIVAN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO Y PLAZOS

El artículo 232 del TCE, únicamente se refiere a «violación del presente Tratado». Pero además en su párrafo segundo establece que «este recurso solamente será admisible si la institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.»

El requerimiento, para Molina del Pozo, deberá motivar y aclarar el objeto de éste, así como reflejar claramente que se trata de una abstención en base al artículo 232 del Tratado. Y en cuanto a la exigencia de que la institución haya definido su posición en el plazo de dos meses, hay que entender que desaparece la posibilidad de recurrir cuando dicha institución dicta el acto solicitado o cuando rechaza el requerimiento, o cuando dicta un acto distinto al solicitado pero tiene relación con el objeto de la demanda.

Cuando una institución rechaza explícitamente el requerimiento, tendrá abierta la vía del artículo 230— esto es el recurso de anulación—, si el acto que pretendía obtener es también atacable. Se trata una interpretación del Tribunal de Justicia en las sentencias dictadas en los asuntos 48/65 Lutticke y 42/71 Nordgetreide, en las que se establece que el rechazo implícito de la institución no podrá recurrirse en anulación mas que cuando pueda apreciarse en función del objeto de la demanda cuya resolución ha sido la decisión del rechazo.

En cuanto al plazo en el cual deberá dirigirse el requerimiento a la institución para que se pronuncie, no queda claro a la vista del artículo 232, por lo que, para Molina del Pozo, habrá que entender que será razonable a partir del momento en que se tuvo conocimiento de la situación que daría lugar a la intervención de la institución. La ausencia de respuesta por parte de ésta en el plazo de dos meses no hay que entenderla en el sentido de silencio administrativo negativo, sino que es precisamente lo que da lugar a la interposición del presente recurso por omisión, disponiendo el recurrente de otros dos meses para interponerlo.

LEGITIMACIÓN

Están legitimados para ejercitar la acción los Estados miembros, las Instituciones Comunitarias, las entidades de derecho privado, con las restricciones ya apuntadas, y el Banco Central Europeo, pero solo en el caso de que aparezcan afectadas sus competencias.

Están legitimados pasivamente, el Consejo, la Comisión y el Parlamento. También podrá ser demandado el Banco Central Europeo si realizó dentro del ámbito de su competencia, una omisión idéntica a la que describíamos para el resto de las Instituciones (art. 232-4.º).

PROCEDIMIENTO

El recurso comienza con la interposición de la demanda, en la que se hará constar que se ha hecho el requerimiento, que este no fue contestado y se justificará por qué la omisión es contraria al Derecho Comunitario.

El proceso finaliza con la sentencia, declarando la omisión o desestimando la demanda. La Institución deberá ejecutar la sentencia al Tribunal de Justicia, estableciendo el artículo 233-1.º del TCE que «la institución o instituciones de las que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria al presente Tratado, estarán *obligadas* a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia».

3. La cuestión prejudicial de validez

Cuando el proceso incidental consiste en la apreciación de validez de las disposiciones susceptibles de reenvío prejudicial, el proceso es asimilable a un contencioso de legalidad y por tanto al recurso de anulación. Sin embargo en la cuestión prejudicial de validez, como ya hemos expuesto anteriormente, el Tribunal no va a sancionar el ejercicio del poder de decisión de las instituciones a través de una sentencia de anulación, sino que el Tribunal asegura la coherencia del orden jurídico, declarando la invalidez de un acto contrario al Derecho comunitario.

El control de la legalidad comunitaria se realiza no solo a través de los recursos directos, especialmente el de anulación, sino también a través de la cuestión prejudicial de validez, lo que ha puesto de manifiesto el propio Tribunal de Justicia cuando en la sentencia Foto-Frost, declaró que «es importante recordar que el reenvío preju-

dicial en apreciación de validez constituye, al igual que el recurso de anulación, una modalidad de control de la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias.

Por tanto, junto con el recurso de anulación y recurso por omisión, la cuestión de validez, es uno de los medios de que dispone el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para garantizar el cumplimiento y respeto del Derecho Comunitario por las propias comunidades europeas, declarando la validez o no de las normas o disposiciones emanadas de las Instituciones Comunitarias.

Para Pastor López, es un medio de control de la manera como las Instituciones comunitarias, principalmente la Comisión y el Consejo, ejercen sus atribuciones, en lo cual como ya hemos dicho, se asemeja al recurso de anulación del artículo 230 del TCE, cuya finalidad es también garantizar el respeto del principio de legalidad comunitaria. Por ello la doctrina se plantea el problema de si la noción de *validez* que emplea el artículo 234, coincide con la de *legalidad* del artículo 230, es decir si ambos cauces procesales tienen una misma naturaleza. Aunque la finalidad sea la misma, existen cualificadas diferencias entre ellos. No se da total identidad entre un proceso de impugnación, contencioso, entre partes, cuyo conocimiento y fallo compete exclusivamente al TJCE, para cuya iniciación es preciso el ejercicio de la acción oportuna, en un plazo legal, como es el llamado recurso de anulación y un proceso incidental de colaboración entre el TJCE y los Tribunales nacionales, que no presenta ninguna de las características a que acabamos de aludir.

Pero no podemos olvidar que el común objetivo de ambos es el control de la actuación de las instituciones en salvaguarda del principio de legalidad.

V. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO GARANTE DEL RESPETO DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS ESTADOS MIEMBROS

1. Procedimiento a través del cual se puede denunciar el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de otro Estado miembro

Regulado en los artículos 226, 227 y 228 TCE, es un procedimiento a través del cual, la Comisión o los Estados Miembros pueden denunciar ante el Tribunal de Justicia el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte de otro Estado miembro.

Es el medio por excelencia para asegurar el cumplimiento del Tratado, y en general de todo el Derecho Comunitario, primario y derivado, por sus obligados principales, los Estados. Es una forma muy especial de garantizar el *pacta sunt servanda*, debido a la también especial naturaleza de las Comunidades Europeas.

Sólo los Estados Miembros pueden provocar el incumplimiento (arts. 226 y 227 TCE). Lógicamente, no será el Estado, ente político, el origen material del incumplimiento, sino que el mismo lo ocasionará cualquier institución interna de ese Estado. Es en principio indiferente que la culpa del incumplimiento recaiga por ejemplo sobre el Parlamento, o el Gobierno, o incluso sobre los Tribunales. El responsable será el «Estado».

NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a su naturaleza jurídica, el recurso de incumplimiento tiene un carácter meramente *declarativo*, y así se desprenden del artículo 228 que establece que «Si el Tribunal declarase que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia». Si a los Estados pues les corresponde adoptar las medidas necesarias, el Tribunal no tiene poder para anular los actos contrarios al Derecho comunitario. Este criterio ha sido mantenido por el Tribunal en la sentencia dictada en el Asunto Humblet contra Bélgica, 6/60, al decir que el derecho comunitario no concede a las instituciones de la Comunidad el derecho para anular los actos legislativos o administrativos de un Estado miembro.

Para la profesora Silva de Lapuerta, el recurso de incumplimiento también puede calificarse como un recurso de legalidad, cuyo objetivo es la apreciación de la regularidad de los actos estatales en relación con el derecho comunitario. Y asimismo mantiene que sus efectos son más amplios que los de una simple sentencia declarativa, ya que contribuyen a evitar la aplicación del derecho interno contrario al comunitario y porque abren la posibilidad de una acción indemnizatoria ante los Tribunales nacionales.

OBJETO DEL RECURSO

Con carácter general puede decirse que el objeto de este recurso es el reconocimiento por el Tribunal de Justicia de que un Estado ha incumplido alguna de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados.

El incumplimiento puede definirse, según el Abogado General Mayras en el asunto 39/72 Comisión contra Italia, «bien como el hecho de que un Estado miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el derecho comunitario derivado, bien como la inejecución por este Estado, o la ejecución incompleta o tardía de las obligaciones que se le imponen por las normas comunitarias». Por ello vemos que un Estado debe responder tanto de las acciones como de las omisiones.

El Tribunal, en repetida Jurisprudencia, ha considerado que existía incumplimiento cuando éste se derivaba de una norma contraria al ordenamiento comunitario. Asimismo alguna sentencia ha considerado que el retraso en el cumplimiento de una obligación comunitaria puede constituir en sí misma una violación del Tratado, sin embargo para Silva de Lapuerta, el retraso en la ejecución plantea problemas y no está muy claro que sea incumplimiento cuando ningún texto legal prevé explícitamente el plazo durante el cual la obligación debe ejecutarse.

El Tribunal considera que para la apertura del procedimiento por incumplimiento es necesario que la obligación incumplida por el Estado demandado sea anterior al inicio de dicho procedimiento (sta. as.20/59 Italia contra alta Autoridad CECA). El incumplimiento ha de estar comprobado y preciso o por lo menos suficientemente precisado.

Por último en este apartado, hemos de referir que el incumplimiento ha de ser todo el conjunto de jerarquía de normas que constituyen el ordenamiento jurídico comunitario, esto es los propios Tratados de la Comunidad, los Tratados internacionales concluidos por la Comunidad, y el derecho derivado.

La tramitación se divide en una fase prejurisdiccional o de carácter administrativo, y una segunda jurisdiccional.

Se inicia el mismo de dos maneras diferentes según el denunciante sea la propia Comisión u otro Estado, a pesar de que el desarrollo de todo el proceso es muy parecido.

Si se inicia por la Comisión el artículo 226 TCE establece que si la Comisión sospecha la existencia de un incumplimiento, informa formalmente de la presunta infracción al Estado infractor, emplazándole para ofrecerle la oportunidad de presentar alegaciones al respecto.

Presentadas o no estas alegaciones (el Estado es libre de hacerlas, la única obligación de la Comisión es darle audiencia), si constata la Comisión la existencia del incumplimiento, emitirá un dictamen motivado en el que ordenará al Estado cesar en él.

Si el Estado no se atiene a este dictamen en el plazo marcado por la Comisión, esta Institución puede interponer la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. En toda esta actuación de la Comisión rige el principio de oportunidad. No existe una obligación propiamente dicha de la Comisión de iniciar todo el procedimiento.

Si la iniciativa parte de un Estado, este deberá en primer lugar someter la noticia del supuesto incumplimiento a la Comisión, quien convocará al denunciante y al presunto infractor para que en «procedimiento contradictorio» (expresión del art. 227 TCE) aleguen lo que a su derecho convenga. Tras ello, la Comisión debe emitir un dictamen en el que valorará la situación denunciada. Este dictamen debe basarse en las mismas objeciones por las que fue requerido el Estado. Una vez emitido el dictamen, o si el mismo no se ha producido en tres meses desde la solicitud, el Estado puede interponer sin más trámites la acción por incumplimiento (artículo 227 TCE).

Por tanto, tienen legitimación para la interposición de la acción la Comisión y los Estados Miembros. Ni la Comisión ni los Estados demandantes deben justificar interés alguno.

El procedimiento ante el Tribunal se inicia, como cada uno de los cuatro procesos principales, con demanda, cumpliendo los requisitos de los artículos 43 y ss. del RPTJCE. Dicha demanda deberá tener el mismo objeto, y no podrá contener diferentes razones a las ofrecidas en el dictamen.

El demandado podrá oponer en su contestación las excepciones que estime convenientes. Excepciones en sentido propio intentadas hasta ahora por los Estados son la *exceptio non adimpleti contractus*, la fuerza mayor, y la imprecisión o equivoquidad de las normas comunitarias. Salvo esta última, ninguna de estas excepciones ha sido acogida hasta el momento.

Transcurrido regularmente el proceso se llega a su conclusión con sentencia, que es meramente declarativa del incumplimiento. El Tribunal no tiene competencia para anular o eliminar él mismo, la medida nacional contraria al Derecho Comunitario. Sin embargo, según la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal de Justicia tiene autoridad de cosa juzgada para el Estado y sus Instituciones, estando obligado el Estado a eliminar el incumplimiento y las consecuencias que haya podido ocasionar. Las Instituciones nacionales estarán obligadas a no aplicar la norma interna contraria al Derecho Comunitario y adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena aplicación del Derecho Comunitario.

El artículo 228 TCE obliga en definitiva al Estado a ejecutar la sentencia, apercibiéndole de que en caso de que la Comisión, previa audiencia al incumplidor y dictamen motivado, estime no cumplida la resolución, podrá volver a demandarle ante el Tribunal de Justicia para conseguir la imposición de sanciones coercitivas por la inexecución de la resolución.

2. El control indirecto del respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros a través de la cuestión prejudicial de interpretación

La Comunidad Europea, como ya hemos visto, cuenta con un sistema jurisdiccional propio que garantiza la eficacia y uniformidad de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario. Este sistema, como ya sabemos lo integran de un lado, el Tribunal de Justicia de dicha Comunidad y de otro, todos los órganos judiciales de los Estados miembros en cuanto deben aplicar, a instancia de parte o de oficio, el ordenamiento comunitario en la resolución de los asuntos litigiosos de que conozcan, cuando así proceda por razón de la materia.

La función básica que corresponde al TJCE radica en controlar la actuación de las instituciones comunitarias, de los órganos estatales y de los particulares, para salvaguardar el principio de legalidad comunitaria, mediante el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Siendo la Comunidad Europea una «Comunidad de Derecho» la vigencia del principio de legalidad comunitaria implica una doble vertiente: el respeto a la jerarquía normativa y la uniformidad de interpretación de dichas normas.

Pues bien, uno de los medios de que dispone el Tribunal de Justicia para garantizar el cumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros es la «La cuestión prejudicial», que como hemos desarrollado en el epígrafe correspondiente, es una de las instituciones procesales reguladas en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, para ejercer esa función de control, que bien pueden versar sobre la interpretación o la validez de las normas comunitarias.

La cuestión prejudicial de interpretación, constituye pues un instrumento de control indirecto de la legalidad comunitaria. Aquí la competencia del TJCE ya no es exclusiva sino compartida con el órgano judicial estatal que plantea la cuestión.

La cuestión prejudicial de interpretación es el instrumento procesal que permite la unificación de interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario, por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, órganos que han de aplicarlo directamente cuando proceda, en la resolución de los litigios de que conozcan en su calidad de jueces comunitarios comunes u ordinarios. La sentencia dictada

por el TJCE en el asunto «Rheinmühlen Dusseldorf», referida anteriormente, manifiesta expresamente que el artículo 234 es esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por el Tratado, pues tiene por fin asegurar aquel Derecho...

Su esencia es jurisdiccional, pero pese a la frecuencia con que se le designa como «recurso» –indirecto, prejudicial o de interpretación –, no es tal recurso, en sentido técnico procesal. Nos encontramos ante un simple incidente prejudicial, que se origina en un proceso contencioso y, como ocurre con todo incidente, es accesorio del proceso principal.

VI. LAS JURISDICCIONES NACIONALES COMO GARANTES DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS ESTADOS MIEMBROS

1. La insuficiencia del Tribunal de Justicia como garante del respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros y la consiguiente necesidad de cooperación y complementariedad entre la jurisdicción comunitaria y las jurisdicciones nacionales

Ya hemos aludido anteriormente a la característica esencial del orden jurídico de la Comunidad Europea, la unidad jurídica, propia de una verdadera comunidad de Derecho, la existencia de un conjunto de normas y principios jurídicos comunes, obligatorios para las Instituciones Comunitarias, los Estados miembros y sus ciudadanos.

Para garantizar la eficacia y cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, la CE cuenta con un sistema jurisdiccional, cuyo principal órgano es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Pero este Tribunal necesita también de la cooperación y colaboración de otros órganos judiciales, esto es, todos los órganos judiciales de los Estados miembros en cuanto pueden y deben aplicar, a instancia de parte o de oficio, el ordenamiento jurídico comunitario en la resolución de los asuntos litigiosos de que conozcan, cuando así proceda en razón de la materia. Por tanto, la función jurisdiccional comunitaria se ejerce por dicho conjunto heterogéneo de órganos. Los jueces y tribunales de los Estados miembros son órganos judiciales del Derecho de la Unión, y por ello tienen la tarea de hacer cumplir el derecho comunitario, siendo por ello el primer eslabón del sistema jurisdiccional.

La misión fundamental del Tribunal de Justicia, como ya hemos reiterado en varias ocasiones, radica en la interpretación y aplicación del Tratado de la Comunidad Europea, y por tanto controlar la actuación de las instituciones comunitarias, de los órganos estatales y aún de los particulares, para salvaguardar el principio de legalidad comunitaria, mediante el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Siendo la Comunidad Europea una Comunidad de Derecho, la vigencia del principio de legalidad, que implica el respeto a la jerarquía normativa y la uniformidad de interpretación de tales normas, exige que sean garantes del respeto al Derecho Comunitario no solo las instituciones de la CE, sino también los órganos legislativos, administrativos y judiciales de los países miembros.

Tanto la doctrina científica y la jurisprudencia del TJCE, según Pastor López, han puesto de relieve la necesidad de colaboración y cooperación entre la jurisdicción comunitaria y las jurisdicciones nacionales, ya que de nada serviría el sistema judicial

comunitario, si no estuviera complementado por los juzgados y tribunales nacionales que también forman parte de aquel. Ambos son llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión, con vistas a asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros. Tal colaboración, cuya total eficacia para alcanzar los fines perseguidos exige una gran dosis de buena voluntad por parte de los jueces nacionales, ha permitido mantener que existe un verdadero Poder Judicial Comunitario integrado por todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el Tribunal de Luxemburgo a la cabeza.

2. La ampliación de los poderes constitucionales del juez nacional cuando actúa como juez comunitario; el control judicial ordinario de las normas internas con rango de ley que no sean conformes al Derecho comunitario

En el Derecho español, ha existido y existe una actitud favorable hacia la primacía y el efecto directo del tratado internacional, existiendo en nuestro sistema constitucional un sistema de control de constitucionalidad de las leyes mediante la cual la ley nacional posterior contraria a la comunitaria podría ser declarada inconstitucional por violar el artículo 93 (sobre la atribución del ejercicio de competencias constitucionales), el artículo 96.1 (sobre el rango supralegal de los tratados) y el artículo 9.3.º de la Constitución (sobre el principio general de jerarquía normativa). Ahora bien, este control previsto en la Constitución, puede hacer resentirse el efecto inmediato de la norma comunitaria si el conflicto entre norma comunitaria y ley interna posterior se solventa en base al procedimiento de declaración de inconstitucionalidad.

En la medida en que la Constitución consagra el rango superior de la norma comunitaria sobre la interna, incluso posterior, siguiendo a la doctrina del Tribunal Supremo, debe prevalecer en caso de disconformidad... la aplicación de lo estatuido en el convenio (sta. 17/6/71). La consecuencia de la primacía del tratado sobre la ley anterior o posterior es que el juez tiene la facultad de dejar inaplicada la norma interna. Ahora bien, la Constitución prevé la posibilidad de que un órgano judicial plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si estima que de la validez de una norma con rango de ley pudiera depender el fallo. Para Mangas Martín, de este planteamiento, no correcto precisamente, parece darse a entender que el juez de instancia se plantease la duda de qué norma aplicar, sí la comunitaria o la interna.

Aunque la primacía y el efecto directo son exigencias del propio Derecho Comunitario, el mandato constitucional se funda en los artículos 96 y 93 de la Constitución que obligan al juez a aplicar la norma comunitaria y dejar inaplicada la interna. El Art. 96, dice que la norma comunitaria no puede sufrir modificaciones producidas por normas internas posteriores, luego la norma que ha de tenerse en cuenta y de la que va a depender el fallo es la comunitaria, no la interna. El juez no puede dudar de ese mandato en orden a aplicar la norma comunitaria que tiene claro sustento en los artículos 93 y 96 de la Constitución en base a los cuales está obligado a dar exacto cumplimiento a los principios de primacía y el efecto directo, so pena de desconocer la Constitución y de comprometer también la responsabilidad internacional del Estado.

El Tribunal comunitario en el asunto Simmenthal, dijo que el juez nacional... tiene la obligación de garantizar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada si fuera necesario, por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación

nacional, incluso posterior, sin que tenga que pedir o esperar la eliminación previa de ésta por vía legislativa o por otro procedimiento constitucional.

El hecho de que la ley nacional posterior contraria sea presuntamente inconstitucional por violar la jerarquía normativa, no obliga al juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues el fallo no depende de su validez, sino de la norma comunitaria. Además si se planteara la cuestión, hasta su resolución, continuaría aplicándose la norma nacional, impidiéndose por tanto la aplicación de la norma comunitaria aplicable.

La situación pues del Juez español ante una contradicción entre norma comunitaria y nacional, es conforme a la Constitución, favorable al derecho comunitario, al encontrar en los arts.93 y 96 el fundamento de su decisión de aplicar la norma comunitaria y dejar inaplicada la norma nacional. El medio de declarar inconstitucional la norma interna contraria al Derecho comunitario será el recurso de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional Italiano en su sentencia de 8 de junio de 1984, se declara dispuesto a no admitir un juicio de constitucionalidad de la ley interna, reconoce que el juez de instancia es el competente para controlar la compatibilidad de la norma comunitaria con la norma nacional, aconsejando el reenvío prejudicial, y en caso de ser incompatible, aplicará la norma comunitaria y dejará sin efecto la ley nacional posterior, sin pedir su anulación, ya que fuera de su ámbito material y de los límites temporales en que rige la disciplina comunitaria así configurada, la regla nacional mantiene intacto su valor y despliega su eficacia.

Como conclusión podemos decir pues, que al juez de instancia no le corresponde suscitar el procedimiento que conduzca a la eliminación de la ley nacional contraria a la comunitaria por varias razones:

- Que el supuesto exigido por el artículo 163 de la Constitución para presentar la cuestión de inconstitucionalidad no se reúne. La ley aplicable es la norma comunitaria y no la ley nacional que es la que se opone a la Constitución.
- Si el juez presenta la cuestión de inconstitucionalidad contra la ley nacional, entre tanto se resuelve, estaría infringiendo los artículos 93 y 96 de la Constitución al impedir que surta los efectos de plena, inmediata y uniforme aplicación de la norma comunitaria.
- Porque la razón profunda que impide al juez esperar la declaración de inconstitucionalidad por el órgano competente es el respeto que debe guardar a los principios de la primacía y del efecto directo y uniforme de la norma comunitaria, debiendo tener como inexistente a la ley interna contraria.

VII. LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA Y LAS JURISDICCIONES NACIONALES COMO GARANTES PROVISIONALES DEL RESPETO DEL DERECHO COMUNITARIO EN SEDE CAUTELAR

1. La tutela cautelar en el ámbito de la jurisdicción comunitaria

Bajo la denominación de proceso cautelar se engloban los procedimientos especiales regulados en los artículos 242 y 243 del Tratado de la Comunidad Europea, y 39 del Tratado de la CECA y 157 y 158 del Tratado CEEA.

Este procedimiento habrá que calificarlo de proceso cautelar por tratarse de un procedimiento que tiene como objeto remover los obstáculos que se oponen a la eficacia de un proceso principal y que trata de procurar la eficacia de los resultados de éste.

Este es el significado de los artículos 242 y 243 del TCE : «Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión del acto impugnado». «El Tribunal de Justicia podrá ordenar medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo» (artículo 243). Las normas de los otros Tratados son muy similares al TCE.

Según Alonso García, ambos preceptos permiten al Juez comunitario, por tanto ejercitar el papel de garante provisional mientras resuelve el litigio del cual esta conociendo, del respeto de la legalidad comunitaria y además que dicha garantía de carácter incidental (a un proceso principal), se fundamenta no tanto en una-defensa abstracta de la legalidad comunitaria, como en una defensa concreta de los intereses de las partes en el proceso.

De un primer acercamiento a la regulación normativa del procedimiento cautelar, aparece que admite una doble modalidad: la suspensión del acto recurrido que por su propia naturaleza sólo podrá solicitarse en el marco de otro procedimiento principal, y la adopción de cualquier clase de medida provisional, bien entendido que de por sí la suspensión es ya una medida de este tipo.

No obstante es preciso señalar que existe una necesaria complementariedad entre ambas categorías de medidas, en virtud de la cual se articula un mecanismo encaminado a garantizar los derechos de los justiciables, allí donde la mera suspensión no puede evitar el riesgo que supone una determinada situación perjudicial. Por ello los artículos 242 y 243 TCE y concordantes de los demás Tratados, vienen a establecer un sistema lógico y coherente cuya finalidad es garantizar la protección judicial de los derechos reconocidos por el legislador comunitario a los sujetos de derecho.

La naturaleza del proceso cautelar presenta una serie de características esenciales:

1. En primer lugar la necesaria existencia de un proceso principal, cuyos resultados trata de garantizar ostentando respecto a éste un carácter incidental.
2. En segundo lugar, la suspensión del acto recurrido o la adopción de medidas provisionales de otro género sólo pueden producirse a instancia de parte, no existiendo posibilidad de que se acuerden de oficio, aunque se abre paso al criterio que atribuye al órgano jurisdiccional absoluta libertad para ordenar las medidas que le parezcan mas adecuadas en función de las circunstancias, una vez que ha llegado al convencimiento de que la pretensión de protección cautelar debe ser estimada.
3. Por último, las medidas son provisionales y temporales pues son susceptibles de modificarse o anularse a petición de una de las partes, pudiendo su vigencia limitarse a una fecha anterior a la de la sentencia.

Los autos que ponen fin a estos procedimientos también presentan unas características esenciales como la de no prejuzgar el fondo del litigio, su obligada motivación y su carácter ejecutivo.

En definitiva, el objetivo primordial de las medidas cautelares es mantener o restablecer la posición de las partes en el proceso, de modo que a pesar de la duración del mismo, una vez concluido, se conservan abiertas las posibilidades de hacer efectivos sus derechos.

EL OBJETO DEL PROCESO CAUTELAR. MEDIDAS QUE PUEDEN ADOPTARSE

El legislador ha contemplado en dos preceptos distintos la suspensión del acto impugnado y otras medidas provisionales. Esto es consecuencia según Pastor Borgeñon, del doble carácter del TJCE, ya que simultáneamente tiene competencias propias de un órgano jurisdiccional administrativo y de uno civil que precisan dos tipos de medidas provisionales diferentes.

En el campo administrativo las partes no se encuentran en situación de igualdad. La suspensión de la ejecución tiene como razón de ser el que los actos del poder público son susceptibles de ejecución por vía de apremio a pesar de haber sido impugnados. En cambio en el campo del derecho privado las partes se encuentran en posición de igualdad, y para conservar la situación preestablecida durante la sustanciación del proceso principal es necesario adoptar medidas tendentes a evitar que uno de los contendientes, pueda atentar contra dicho equilibrio, impidiendo así la eficacia de la resolución que termine el litigio.

Las medidas cautelares, por tanto pueden consistir en requerimientos que impliquen impedimentos para actuar y en la autorización al solicitante para determinadas conductas o actividades o en la regulación de situaciones con carácter provisional. No obstante en los casos en que el objeto de proceso principal sea impugnar la denegación de una autorización o licencia por parte de una Institución comunitaria, la jurisprudencia ha considerado que la suspensión no es obviamente una medida cautelar.

Un elemento fundamental para establecer en cada caso la medida o medidas cautelares apropiadas lo constituye, según Ortiz Herrera, el carácter de homogeneidad con las medidas ejecutivas, instrumento individualizador de las cautelares frente a otros tipos de actuaciones de garantía, pues anticipan en el tiempo algunos de los efectos de la posible sentencia favorable a la pretensión de demandante. Frente a un necesario paralelismo entre ambos, el contenido de la medida provisional nunca podrá abarcar la totalidad de los pronunciamientos que deberán ser incluidos en la resolución definitiva, so pena de provocar una situación irreversible que impediría la efectividad de la sentencia resolutoria.

Por otro lado, el Juez comunitario no se encuentra vinculado a las medidas solicitadas por el demandante, pudiendo acordar las que le parezcan mas apropiadas. Dentro de la facultad de apreciación de que dispone el Juez, ha de incluirse la de valorar la oportunidad de adoptar medias distintas a las solicitadas expresamente.

El que las sentencias de los órganos jurisdiccionales comunitarios sean en su mayoría meramente declarativas o no puedan ser ejecutadas por el propio Tribunal, no implica la imposibilidad de acordar medidas provisionales en estos supuestos, pues cabe la anticipación de alguno de los efectos prácticos que produciría la sentencia cuando fuere ejecutada, ya voluntariamente o en virtud de su ejecución forzosa promovida por el órgano jurisdiccional competente de uno de los Estados miembros.

En el caso del *recurso por incumplimiento*, surgió la cuestión de sí el Tribunal podría requerir a un Estado miembro para que realizara determinadas actividades positivas o negativas en el asunto 31 y 53/77 Comisión/Reino Unido. El Tribunal estimó que el artículo 186 (hoy 243) resultaba aplicable en los procesos por incumplimiento, siendo de su competencia la adopción de medidas cautelares consistentes en exigir la no aplicación de una disposición nacional que violase el Tratado. El fundamento de esta resolución para Ortiz Herrera, está en el propio artículo 228.1 del Tratado que establece que si el Tribunal de Justicia, declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal. Por tanto las medidas provisionales guardan paralelismo con las actuaciones que el Estado debería realizar en ejecución de sentencia.

CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CAUTELAR Y PROCEDIMIENTO

Temporalidad. Del artículo 86-3.º del RPTJCE se deduce que las medidas cautelares se adoptarán por un plazo determinado, quedando en todo caso sin efecto al dictarse sentencia que pone fin al proceso.

Protección de la ejecución de la futura sentencia. El artículo 243 al introducir el término «necesarias», esta intentando proteger la futura ejecución de la sentencia, ya que si no fuera así, si no se trata de salvaguardar hasta la sentencia los derechos de la parte, no existiría razón para que el ordenamiento dispusiera unas medidas cautelares. De todos modos, la intención del legislador no es que las medidas cautelares prejuzguen el fondo del proceso principal.

Limitaciones. Los artículos 242 y 243 imponen dos limitaciones con respecto a las medidas que pueden ser adoptadas ya que respecto a la *suspensión* sólo se permite respecto del acto impugnado y en cuando a las *medidas provisionales* exclusivamente otorga competencia al Tribunal en los asuntos de que esté conociendo. Aunque dentro de estos límites el Tratado otorga al Juez cautelar un amplio margen de discrecionalidad para adoptar las medidas que estime convenientes. Estas limitaciones también se encuentran reguladas en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su artículo 83-1.º, impidiendo que quepa pedir una medida cautelar si no guarda relación con el proceso o si no se ha impugnado el acto cuya suspensión se pide.

*Principio *fumus boni iuris*.* Se requiere una prueba de la fundamentación de la demanda. El nivel de exigencia varía según la naturaleza o importancia de la medida cautelar solicitada.

*Principio *periculum in mora*.* La urgencia es un presupuesto importante. Según la jurisprudencia, debe tratarse de una demora que pueda causar perjuicio. El perjuicio debe ser considerado en relación con el demandante de la medida cautelar y debe ser propio de él. Se exige que sea un perjuicio grave e irreparable.

Fianza. El artículo 86-2.º del RPTJCE, posibilita que se pueda fijar una fianza, dejando al arbitrio judicial la decisión sobre la procedencia y modalidad de la prestación.

Legitimación. Corresponde al demandante que hubiera impugnado un acto (art.83-1.º RPTJCE) y a las partes, que a tenor del párrafo segundo del artículo 83-1, incluye tanto a los litigantes del procedimiento principal como terceros que guardan relación con el mismo.

Procedimiento. Regulado en los artículos 83 a 90 del RPTJCE, el proceso cautelar se inicia con la demanda, que se presentará en escrito separado de la demanda principal. En la misma se solicitarán las medidas que la parte estime convenientes, justificando los presupuestos para su concesión. El trámite normal parece que la demanda se notifica a la otra parte, para que realice sus alegaciones al respecto en forma oral o escrita, pero el Presidente del Tribunal puede conceder esta medida antes de que se hagan estas alegaciones, en caso de especial urgencia –*periculum in mora*– aunque del articulado del Reglamento se desprende que no cabe que se adopte la medida antes de la notificación de la demanda al demandado.

El Presidente podrá ordenar el recibimiento a prueba sin mas matizaciones, lo cual significa que podrá realizarlo tanto de oficio como a instancia de parte. La prueba va dirigida a la convicción del juzgador y por tanto es lícito que sea él mismo quien pueda decidir sobre las circunstancias de la prueba. La decisión la puede tomar el Presidente o puede remitirla a una Sala o al Pleno.

El Tribunal adoptará las medidas que considere oportunas y adecuadas para el caso concreto, dentro de lo solicitado por la parte, pudiendo como hemos dicho anteriormente acordar la prestación de una fianza.

La resolución sobre la concesión de la medida se realizará por auto, recurrible en casación.

Las medidas son modificables o revocables tanto a instancia de parte como de oficio por el Presidente.

Por ultimo hemos de hacer constar según Nieva Fenoll, que en la concesión de la medida no sólo se tendrá en cuenta el interés del solicitante, sino también el de la otra parte. Esto es importante en el proceso comunitario en el que hay un interés público en el que el acto no se suspenda, ya que los perjuicios podrían ser mayores para la generalidad, que el daño que se le provocará al solicitante por grave que fuera. El Tribunal debe pues valorar con gran precaución los intereses en juego.

2. La incidencia del Derecho comunitario en la tutela cautelar dispensada por las jurisdicciones nacionales

El principio de eficacia de las resoluciones judiciales, se articula en dos momentos procesales bien definidos, en el momento inmediatamente posterior a la interposición del recurso a través de las medidas cautelares y en la sentencia.

En relación con el primer momento al que acabamos de referirnos, se establece un difícil equilibrio entre los principios de autonomía institucional y de primacía del ordenamiento comunitario que podría justificar una cierta prevención contra el hecho de que el Tribunal de Justicia reconociera competencia a los órganos jurisdiccionales nacionales para adoptar medidas cautelares frente a disposiciones de ámbito estatal presuntamente contrarias al Derecho Comunitario.

El Tribunal de Justicia, reconoció en sentencia de 19 de junio de 1990 Asunto c-213/89, a los órganos jurisdiccionales la competencia para suspender los efectos de una disposición nacional, de rango incluso legislativo, contraria al ordenamiento comunitario, a la espera de la correspondiente sentencia prejudicial. En jurisprudencia anterior el Tribunal fundamentó «que la plena eficacia del ordenamiento comunitario se vería igualmente comprometida si una disposición de derecho nacional impidiera al juez llamado a conocer de un litigio regulado por el Derecho comunitario, otorgar medidas provisionales necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resolviera acerca de la existencia de los derechos invocados con base al ordenamiento comunitario».

Del análisis realizado por Palacio González de la sentencia de 21 de febrero de 1991, en la que el Tribunal de Justicia respondió a dos cuestiones prejudiciales planteadas por los Finanzgericht de Hamburgo y de Paderborn, se pone de manifiesto el carácter de piedra angular del sistema común que frente al de autonomía institucional, reviste el principio de aplicación uniforme.

En efecto el Tribunal afirma que la competencia para suspender la aplicación de una *norma interna, adoptada en ejecución de un acto comunitario*, deberá regularse por lo dispuesto en el art.242 TCE, ya que la potestad de los Tribunales nacionales para acordar una medida de suspensión se corresponde con la competencia reservada a este Tribunal. La suspensión pues de la aplicación de un acto nacional de ejecución de una norma comunitaria exigirá, no solo que el órgano jurisdiccional albergue serias dudas sobre la validez de ésta última, sino también la concurrencia de una serie de circunstancias que justifiquen la urgencia de la medida cautelar:

- Que el órgano jurisdiccional nacional tenga debidamente en cuenta el interés comunitario
- Que del no otorgamiento de la medida provisional pueda derivarse un perjuicio grave e irreparable
- Que el daño sea actual y cierto.

Saltan a la vista pues los términos rigurosos con que el Tribunal de Justicia admite la posibilidad de suspender cautelarmente los efectos de un acto comunitario.

La proclamación incondicional y reforzada de la competencia exclusiva del TJCE en materia de control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias supone que un juez nacional no podrá adoptar una medida de suspensión provisional de la aplicación de una norma interna, que a su vez, paralice los efectos de un acto de Derecho comunitario, sin antes suscitar ante el TJ la cuestión relativa a la invalidez de este último.

Si ningún órgano jurisdiccional puede inaplicar provisionalmente una norma nacional adoptada en ejecución de otra comunitaria presuntamente ilegal, sin someter previamente la cuestión relativa a la validez, un Tribunal interno que, en semejante supuesto, agote su actuación con el otorgamiento de la medida cautelar, carecerá de competencia para ejecutar una sentencia prejudicial que él mismo se vio obligado a provocar. En este supuesto, Palacio González entiende que la jurisdicción del Tribunal nacional se prorroga, en virtud de un título competencial específicamente comunitario, hasta el momento de ejecución de la sentencia prejudicial.

Tanto los términos generales con que se expresa el Tribunal como la reiterada jurisprudencia favorable a ampliar el ámbito de la potestad jurisdiccional de los tribunales nacionales, permiten suponer que la competencia reconocida a los órganos jurisdiccionales nacionales abarca igualmente la posibilidad de ordenar la suspensión de la ejecución de actos con fuerza de ley, adoptados en ejecución de una norma de Derecho Comunitario.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.* DÁMASO RUIZ JARABO COLOMER. Estudios de Derecho Comunitario Europeo. Publicación del Consejo General del Poder Judicial.
- El Sistema político de la Unión Europea.* ENRIQUE LINDE PANIAGUA y PILAR MELLADO PRADO. Ediciones Pirámide, S. A.
- Proyección de las Decisiones del Tribunal de la Comunidades Europeas en la Jurisprudencia interna.* FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. Magistrado. Ponencia de la Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.
- El Tratado de Maastricht. Estudio introductorio.* DIEGO LÓPEZ GARRIDO.
- El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo.* MIGUEL PASTOR LÓPEZ. Estudios de Derecho Comunitario. Consejo General del Poder Judicial.
- «*La justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo*». SILVIA ORTIZ HERRERA. Estudios de Derecho Constitucional. *Revista del Poder Judicial* núm. 54. Consejo General del Poder Judicial.
- El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.* JORGE NIEVA FENOLL. J. M. Bosch Editor.
- Órganos Jurisdiccionales nacionales y tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.* JOSÉ PALACIO GONZÁLEZ. Derecho Comunitario. Consejo General de Poder Judicial.
- Procedimiento y Recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.* CARLOS F. MOLINA DEL POZO. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas.
- «*La cuestión prejudicial comunitaria*». SILVIA BARONA VILAR. *Revista La Ley*, 1997-4.
- La aplicación del artículo 177 del Tratado de Roma por los órganos jurisdiccionales españoles.* DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER. Derecho Comunitario. Cuestión Prejudicial . Consejo General del Poder Judicial.
- El incidente prejudicial del artículo 177 del Tratado de la CEE.* BLANCA PASTOR BORGONON. Derecho Comunitario. Cuestión Prejudicial . Consejo General del Poder Judicial.

«*El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*». ROSARIO SILVA DE LAPUERTA. *La Ley*, 1986.

Derecho europeo y derecho español. ARACELI MANGAS MARTÍN. Ed. Tecnos.

«*La responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho Comunitario. Su articulación en el Derecho Español*». JOSÉ LUIS GIL IBAÑEZ. *La Ley*, 32/1999.