
La inexistencia del acto jurídico comunitario como alternativa a la limitada legitimación activa de los particulares en el recurso de anulación. La Reforma del Algodón

Amparo Alcoceba Gallego

Prof. Contratado Doctor de Derecho Internacional Público.
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS AYUDAS AL ALGODÓN—a) *Los protocolos núms. 4 y 14 anejos a las Actas de Adhesión de Grecia y España*—b) *El régimen jurídico anterior*—c) *Régimen jurídico previsto en la última reforma: el reglamento 864/2004*
- III. LOS VICIOS DEL REGLAMENTO 864/2004—a) *La incompatibilidad de la reforma con el Derecho comunitario originario: incompetencia del Consejo y violación del Tratado*—a.1) *La desvinculación de las ayudas de la producción del algodón*—a.2) *La imposibilidad de garantizar la producción del algodón*—b) *Incompetencia y desviación de poder del Consejo*
- IV. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DEL REGLAMENTO 864/2004 MEDIANTE LOS MECANISMOS TRADICIONALES—a) *El recurso de anulación*—a.1) *El Reglamento 864/2004 como acto impugnabile en anulación*—a.2) *La legitimación activa de los particulares para impugnar el Reglamento 864/2004*—a.3) *La adopción de medidas cautelares*—b) *La cuestión prejudicial*—c) *La excepción de ilegalidad*—d) *El recurso por responsabilidad extracontractual*
- V. LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS COMUNITARIOS Y SU APLICACIÓN AL REGLAMENTO 864/2004—a) *La inexistencia de los actos jurídicos*—b) *La inexistencia en Derecho comunitario*—b.1) *La teoría de la inexistencia en la jurisprudencia del TJCE*—b.2) *La excepcionalidad de la declaración de inexistencia*—b.3) *La posibilidad de impugnar el acto comunitario fuera de los cauces procesales que reconoce el Derecho positivo*—b.4) *La inexistencia y la protección jurisdiccional de los particulares*—c) *La inexistencia del Reglamento 864/2004*
- VI. OTRA POSIBLE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA
- VII. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de abril de 2004 el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior adoptó, por mayoría cualificada, con la abstención de España y el voto en contra de Suecia y Dinamarca, el Reglamento 864/2004 que modificaba el Reglamento 1782/2003 por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la Política Agrícola Común (PAC) y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores¹.

El contenido de este Reglamento es políticamente legítimo en cuanto que las instituciones disponen de discrecionalidad en la elección de las actuaciones a llevar a cabo para el desarrollo de sus funciones y para la consecución de los objetivos establecidos en los Tratados. No obstante, el contenido de este Reglamento, en vigor desde el 1 de mayo de 2004 pero aplicable desde el 1 de enero de 2006², plantea cuestiones jurídicas importantes en lo que se refiere a las ayudas al algodón, al adolecer de un *vicio especialmente grave y evidente*. España interpuso en julio de 2004 un recurso de anulación contra este Reglamento sobre el que el TJCE todavía no se ha pronunciado.

El TJCE ha realizado tradicionalmente una interpretación muy restrictiva del art. 230 TCE en lo que se refiere a los particulares como legitimados activos para interponer este tipo de recurso³. Esta cuestión ha resultado muy controvertida y ha generado duras críticas por parte de la doctrina en la medida en que afecta negativamente al derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares (derecho fundamental) y a la Comunidad de Derecho que es la Unión Europea (ambos, elementos sustanciales de ésta⁴)⁵. No deja

¹ DOCE L 161 de 30 de abril de 2004. Corrección de errores en DOCE L 206 de 9 de junio de 2004. Una semana antes, en la sesión de 21 y 22 de abril, el Consejo alcanzó un Acuerdo con la oposición de España, Suecia y Dinamarca cuya puesta a punto técnica correría a cargo del Comité Especial de Agricultura. En este Comité se acordaron ciertas modificaciones que, para España, incrementaron la ayuda por hectárea cultivada de algodón de 898 € a 1.039 € y a un máximo de 70.000 hectáreas. El nuevo texto se sometió como punto A del orden del día en la primera reunión siguiente del Consejo prevista para el 29 de abril de 2004, formada por Ministros de Asuntos de Justicia e Interior y que dio lugar al Reglamento 864/2004. España se abstuvo entonces en la votación y Dinamarca y Suecia votaron en contra.

² Sólo algunas disposiciones entraron en vigor con anterioridad (Vid. art. 2 Reglamento).

³ Vid., por todos, STJCE de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) vs. Consejo de la Unión Europea*, As- C-50/00.

⁴ Vid. ALCOCEBA GALLEGO, M. A. «Del acervo comunitario y otras pizzas: contribución de la integración diferenciada a la transformación del acervo». *RDCE* 2003, núm. 14, pgs. 97-138.

⁵ Vid. al respecto Conclusiones del Abogado General Sr. F. J. Jacobs el 21 de marzo de 2002.

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

de sorprender que el TJCE, quien ha manifestado reiteradamente que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario⁶, y que en el futuro habría de interpretar y aplicar la Carta de Derechos Fundamentales integrada en la Constitución⁷, tienda a garantizar mejor tales derechos cuando las demandas tienen su origen en irregularidades ajenas al propio sistema jurídico de la Unión (esto es, en relación con las posibles violaciones de los Estados miembros al respecto) y no tanto cuando se originan dentro de él (como en este caso puede ocurrir). El TJCE ha manifestado que no puede modificar el sistema de control de la legalidad de los actos establecidos en el Tratado y que esto sólo pueden hacerlo los Estados miembros en virtud del art. 48 TUE⁸ que les permite modificar las disposiciones del Tratado. Efectivamente esto es así. No obstante, el TJCE no sólo debe aplicar el Derecho, sino también interpretarlo (art. 220 TCE). El proceso de integración europea es, en gran medida, el resultado de su propia jurisprudencia y, por ello, la evolución de aquélla no es tanto fruto de los Tratados como de la labor del TJCE: primacía, efecto directo, aplicabilidad directa o inmediata, responsabilidad del Estado frente a los particulares por incumplimiento del Derecho comunitario, legitimación del Parlamento Europeo en el recurso de anulación en 1986,... La interpretación del Derecho de la Unión que hace el TJCE se enmarca en el contexto histórico de cada momento, en los objetivos de los tratados y en coherencia con ellos.

La traslación de esa jurisprudencia restrictiva del TJCE al caso concreto del Reglamento 864/2004 antes mencionado, supone la imposibilidad de que los agricultores (ya fuera organizados colectivamente [ASAJA, UPA o COAG] o de forma individual) puedan recurrir ese acto que les afecta. Por tanto, en caso de que el Gobierno español hubiera optado por no recurrir el acto, y tampoco lo hicieran los otros legitimados activos para ello (cosa bastante verosímil⁹), el Reglamento viciado entraría en vigor, sería aplicable, y desprendería todos sus efectos sin que los afectados por él, en este caso los aldoneros españoles, pudieran acceder al TJCE para instar un control de legalidad por no estar afectados *de forma directa e individual* tal y como el TJCE ha interpretado esta noción.

Hasta aquí ninguna novedad. La clave está en que, no obstante esta jurisprudencia, el vicio especialmente grave del que pueden adolecer ciertos actos de Derecho de la Unión Europea, y sus graves consecuencias, justificarían

⁶ Vid., por ejemplo, las significativas STJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, as. 29/69, F. 7; STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, as. 11/70, F. 4; STJCE de 14 de diciembre de 1970, *Nold*, as. 4/73, F. 13.

⁷ Ello siempre y cuando, claro, los resultados negativos de las consultas en Holanda y Francia sobre la Constitución Europea no lleven a un nuevo texto.

⁸ Vid. STJCE *UPA*, cit., FJ 45.

⁹ El Gobierno español manifestó que no recurriría el acto de *motu proprio* sino sólo si se lo solicitaba alguna Comunidad Autónoma (vid. *El País*, de 7 de mayo de 2004). El Parlamento Europeo, por su parte, emitió una Resolución el 10 de marzo de 2004 aprobando la propuesta de la Comisión (A5-0123/2004).

la búsqueda de una solución jurídica para que los particulares pudieran recurrir ante el TJCE el acto de que se trate aunque, en principio, no estuvieran legitimados para ello. Esta solución se alcanzaría recurriendo a la propia jurisprudencia del TJCE y sería plenamente coherente con ella: el TJCE ha admitido en determinadas ocasiones, y cuando se dan ciertas condiciones, la articulación de un control de legalidad de un acto ante él en razón del *vicio especialmente grave* de que adolece el acto impugnado, a instancia de sujetos que, en principio, no podrían instar dicho control. Una interpretación de este tipo, más allá del caso concreto del Reglamento 864/2004 en relación con las ayudas al algodón y que voy a utilizar como ilustración, abriría importantes expectativas para los particulares reforzando su derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de la aplicación del Derecho comunitario, así como la Comunidad de Derecho¹⁰.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS AYUDAS AL ALGODÓN

a) Los protocolos núms. 4 y 14 anejos a las Actas de Adhesión de Grecia y España

El algodón no es un producto sometido a una Organización Común de Mercado en la Unión Europea (OCM). Esto significa que las normas de la Unión relativas a la producción, comercialización y venta de este producto establecen un régimen diferente, ajeno a las OCMs. Concretamente, el régimen del algodón viene establecido en el Protocolo núm. 4 anejo al Tratado de Adhesión de Grecia a las Comunidades Europeas, modificado por el Protocolo núm. 14 anejo al Tratado de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas¹¹ y en diversos Reglamentos que lo han adaptado y desarrollado¹².

En el Protocolo se establece un régimen de ayudas para el algodón cuyos objetivos son: 1) *mantener* la producción de algodón en las regiones de la Unión en las que ésta es importante para la economía agrícola; 2) permitir una renta equitativa para los productores de algodón; 3) estabilizar el mercado mediante la mejora de las estructuras en el nivel de la oferta y la comercialización. Se establece que el régimen de ayudas a la producción de

¹⁰ Merece señalarse que la Constitución Europea, con independencia de las incertidumbres que se ciernen sobre su entrada en vigor tras el «No» de Francia y Holanda en referéndum, no supone, en lo que a nosotros nos interesa, ninguna novedad sobre la legitimación activa de los particulares para recurrir un acto en anulación (Vid. art. III-365).

¹¹ Vid. DOCE L 291 de 19 de noviembre de 1979 y DOCE L 302 de 15 de noviembre de 1985.

¹² Vid. Reglamento 1050/2001 del Consejo de 22 de mayo y Reglamento 1051/2001 del Consejo de 22 de mayo (DOCE L 148 de 1 de junio de 2001). El Reglamento 1591/2001 de 2 de agosto establece las disposiciones de aplicación del régimen de ayuda del algodón (DOCE L 210 de 3 de agosto de 2001).

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

algodón «incluira la concesión de una ayuda a la producción»¹³. Igualmente, permite que el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, decida «acerca de las eventuales *adaptaciones* necesarias de dicho régimen»¹⁴.

b) El régimen jurídico anterior

El régimen de ayudas al algodón aplicable hasta el 31 de diciembre de 2005 venía concretado y desarrollado por el Reglamento 1051/2001 del Consejo de 22 de mayo¹⁵. De conformidad con este Reglamento, los beneficiarios de las ayudas eran: a) los productores de algodón, entendiéndose como tal el algodón todavía sin desmontar, esto es, «el fruto (*Gossypium*) maduro y recogido que incluye restos de cápsula, de hojas y de materias terrosas»; b) los desmontadores, esto es, aquellos que dan a luz al algodón desmontado, o sea, «las fibras (excepto los linters y los desperdicios) del algodón despojadas de semillas y la mayor parte de los restos de cápsulas, hojas y materias terrosas, sin cardar ni peinar»¹⁶. Con carácter general, los productores de algodón recibían como ayuda un importe superior al valor comercial (*precio mínimo*) del algodón sin desmontar que entregaban a las desmontadoras¹⁷; la ayuda abonada a las desmontadoras era la diferencia entre el precio objetivo (*precio mínimo* más un porcentaje del 5%) y el valor fijado por la Comisión para el algodón sin desmontar (precio del mercado mundial)¹⁸. De esto se desprende que, de un lado, los productores de algodón no percibían ayudas directas sino indirectas a través de las desmontadoras y, de otro lado, que el Reglamento vinculaba las ayudas no sólo al cultivo o siembra del algodón sino a la recolección y a su transformación; en definitiva, a su producción.

El importe de la ayuda variaba según los precios del mercado del algodón desmontado. Se trataba de proporcionar seguridad financiera a las desmontadoras para que el precio del algodón producido en la UE resultara competitivo frente al algodón importado.

c) Régimen jurídico previsto en la última reforma: el reglamento 864/2004

El Reglamento 864/2004 que modifica el Reglamento CE 1782/2003 del Consejo, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la PAC y se instauran determinadas acciones de ayudas a los agricultores, incluye un nuevo capítulo, el Capítulo 10 bis sobre «Ayuda específica al cultivo de algodón». El art. 110 *ter* de

¹³ Vid. Disposiciones 2 y 3 del Protocolo.

¹⁴ Vid. Disposición 11 del Protocolo. La cursiva es mía.

¹⁵ DOCE L 148 cit.

¹⁶ Art. 1.2 del Reglamento.

¹⁷ Vid. art. 3.2 del Reglamento.

¹⁸ Vid. arts. 3.1, 4 y 5 del Reglamento.

este nuevo Reglamento establece lo siguiente: «1. La ayuda se concederá por hectárea admisible de algodón. Para poder acogerse a la ayuda, la superficie deberá estar situada en tierra agraria autorizada para la producción de algodón por el Estado miembro, sembrada con variedades autorizadas y mantenida, como mínimo, hasta la apertura de las cápsulas en condiciones normales de crecimiento. 2. No obstante, cuando el algodón no logre alcanzar la fase de apertura de las cápsulas debido a condiciones climáticas excepcionales reconocidas como tales por el Estado miembro, las superficies sembradas de algodón seguirán pudiendo acogerse a la ayuda siempre que, hasta el período en que hubiera debido producirse la apertura de las cápsulas, no hayan sido utilizadas con una finalidad distinta de la de la producción de algodón(...)». A este régimen de ayuda por superficie cultivada de algodón se destinará el 35% de la dotación presupuestaria; el 65% restante se destinará al pago único por explotación, sin necesidad de que dicha superficie esté cultivada con algodón¹⁹.

III. LOS VICIOS DEL REGLAMENTO 864/2004

La Comisión ha justificado este cambio como parte de la reforma de la PAC. Desde el inicio de los años 90 la PAC se ha visto inmersa en una reforma tendente a abandonar la política de mantenimiento de los precios y la producción para pasar a una política de ayuda a la renta de los agricultores.

En contra de lo que inicialmente pudiera parecer por lo que ocurrió en la Cumbre de Cancún de la OMC, cuando varios Estados de África Occidental (Mali, Burkina-Faso, Benin y Senegal) exigieron la eliminación de medidas distorsionadoras del mercado del algodón que existen en los países desarrollados, la reforma del sector del algodón en la Unión Europea no tiene su causa en estas negociaciones²⁰. La propia Comisión ha reconocido que «El hecho de que la producción [en la Unión Europea] de algodón sea marginal [un 2,5% de la producción mundial], implica que sus repercusiones en la evolución de los precios de mercado mundiales ha sido desdeñable. Esta conclusión queda confirmada por el hecho de que, en este sector, la UE no sólo no subvenciona las exportaciones sino que, además, facilita un acceso libre de derechos. Aunque las políticas de otros países desarrollados y en desarrollo han tenido importantes efectos en el precio del algodón, el principal factor que ha contribuido a la disminución de los precios ha sido el incremento de la competencia con los sintéticos en el mercado de las fibras»²¹. La reforma de la PAC se inscribe, en realidad, en una necesidad

¹⁹ Vid. Considerandos 4 y 5 del Reglamento 864/2004 y Considerando 25 del Reglamento 1782/2003.

²⁰ Sobre el sector del algodón y la OMC, puede verse MANERO SALVADOR, A. «Desarrollos normativos en el comercio del algodón a propósito del asunto Estados Unidos-subvenciones al algodón americano (upland)». *Anuario Euro-peruano de Derecho comercial*, núm. 1, 2004 (en prensa).

²¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Bruselas, 23 de septiembre de 2003, COM (2003) 554 final, pg. 11.

presupuestaria: según las perspectivas financieras para después de 2006, habrá unos 45.000 millones de euros a repartir entre 25 Estados miembros mientras hasta ahora había unos 42.000 a repartir entre 15²².

a) La incompatibilidad de la reforma con el Derecho comunitario originario: incompetencia del Consejo y violación del Tratado

Como se desprende de lo señalado, el nuevo régimen de ayudas al sector del algodón que aparece en el Reglamento 864/2004 implica un *cambio significativo* respecto del régimen previamente existente.

a.1) *La desvinculación de las ayudas de la producción del algodón*

En primer lugar, el nuevo régimen implica la desvinculación de las ayudas de la producción del algodón:

a) se instaure un pago que comprende el 65% de la dotación presupuestaria de las ayudas y que se destina a un *pago único por explotación*. Esto supone que los agricultores disfrutaran de una ayuda directa que se vincula, no a la producción, sino a la existencia de una explotación y que, desde luego, no exige la producción de algodón.

b) se instaure un pago por *superficie cultivada de algodón* que comprende el 35% de la dotación presupuestaria de la ayuda al sector del algodón. Lo que se exige para la percepción de la ayuda es el cultivo y no su recolección y, consecuentemente, no su producción. El art. 110 ter exige, para la percepción de la ayuda, el mantenimiento del cultivo del algodón, su cuidado, sólo hasta «la apertura de las cápsulas en condiciones normales de crecimiento»; a partir de ese momento el agricultor podría, si lo desea, *abandonar a su suerte la explotación*, sin que en nada se menoscabe la percepción de la ayuda. Sólo se exige, por tanto, la siembra efectiva pero no la cosecha. La siembra efectiva o el cultivo del algodón no significa su producción. El abogado General Léger en el asunto J. H. Cooke & Sons distingue entre «cultivar» y «cosechar» en el siguiente sentido: «(...) cultivar designa el hecho de *trabajar* la tierra para que produzca vegetales útiles para el hombre. De este modo dicho término supone la existencia de una acción o intervención humana sobre la tierra con el fin de obtener una determinada producción

²² Según las Perspectivas Financieras establecidas para los años 2000 a 2006, los gastos agrícolas quedarían comprendidos en una horquilla que iría desde los 40.920 millones de euros hasta un máximo de 43.900 (Vid. Acuerdo interinstitucional de 6 de mayo de 1999 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario [DOCE C 172, de 18 de junio de 1999]). La ampliación de la Unión Europea exigió un ajuste en virtud del cual entre los años 2004 a 2006 se abriría una horquilla que va desde los 44.657 millones de euros hasta 45.807 (Vid. Decisión 429 de 19 de mayo de 2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ajuste de las perspectivas financieras para la ampliación [DOCE L 147 de 14 de junio de 2003]). Obsérvese que la diferencia es mínima (alrededor de 4.000 millones de euros) teniendo en cuenta que la ampliación supone la integración de 10 nuevos Estados miembros.

vegetal. Tal intervención incluye generalmente la siembra, el trasplante a partir de un semillero o la plantación de la especie vegetal deseada (...). El término “cosecha” designa (...) el hecho de recoger los *productos* de la tierra. Dicho término implica, también, la existencia de una intervención o una acción del hombre que consiste en recolectar o recoger los productos de la tierra con el fin de conservarlos para utilizarlos posteriormente. Dicha intervención consiste en general en cortar, segar o arrancar los vegetales que se encuentren en la superficie cultivada»²³.

a.2) *La imposibilidad de garantizar la producción del algodón*

En segundo lugar, está claro que la producción de algodón ha dejado de ser, a partir de la reforma, una condición para la percepción de las ayudas que, además, resultan insuficientes. En realidad resulta lógico que el nuevo Reglamento no exija la producción porque con la ayuda establecida de 1.039 € por hectárea²⁴, no se cubren los gastos medios de producción para un agricultor²⁵. De otro lado, el agricultor recibirá una ayuda desacoplada de 1.509 €/Ha, es decir, por hectárea de algodón cultivable, aunque no cultive. Precisamente por ello, el nuevo régimen de ayudas al algodón es incapaz de garantizar la producción del algodón en las regiones en las que ésta es importante para la economía agrícola, en contra de lo prescrito por el Protocolo núm. 4 ya mencionado²⁶.

b) Incompetencia y desviación de poder del Consejo

El art. 11 del Protocolo núm. 4 permite al Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, decidir «acerca de las eventuales *adaptaciones necesarias* de dicho régimen»²⁷. Sin embargo, el régimen de ayudas al sector algodonero que establece el Reglamento 864/2004 supera la mera adaptación o ajuste al dar a luz un régimen completamente diferente del existente hasta entonces e incompatible con él en cuanto que no garantiza la producción. El nuevo Reglamento no supone, en consecuencia, una *adaptación* del régimen existente, sino su *revisión y sustitución* por otro; en definitiva, su *derogación*.

²³ Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Léger, *J. H. Cooke & Sons*, as. C-372/98, apartados 28 y 29.

²⁴ Vid. art. 110 *quater* del Reglamento.

²⁵ El coste medio de producir una hectárea de algodón es de 1.861 €/Ha. Vid. *Informe sobre la situación socioeconómica de los municipios andaluces donde se cultiva algodón y sobre el impacto que la nueva reglamentación europea provocaría en aquel territorio*. MAPA-Junta de Andalucía. Junio de 2004, pg. 30.

²⁶ Estas regiones son Tesalia, Macedonia-Tracia y Sterea Ellada en Grecia, y Andalucía en España.

²⁷ La cursiva es mía. De hecho, el Protocolo núm. 4 ha sufrido, en aplicación de su art. 11, varias *adaptaciones* a lo largo del tiempo. Vid., Reglamento 2052/92 del Consejo de 30 de junio (DOCE L 215 de 30 de julio de 1992); Reglamento 1553/95 del Consejo, de 29 de junio (DOCE L 148, de 30 de junio); Reglamento 1050/2001 del Consejo, de 22 de mayo (DOCE L 148 de 1 de junio de 2001).

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

El Derecho comunitario no permite que una disposición de Derecho derivado modifique o derogue una disposición de Derecho originario, salvo disposición en contrario²⁸. La supremacía del Derecho originario implica que cualesquiera disposiciones de Derecho derivado tienen en él su fundamento, alcance y límites²⁹. Por esa razón, está claro que la *revisión* del régimen de ayudas a la producción del algodón a la que se refiere el Derecho originario, en este caso el Protocolo núm. 4, introduciendo los cambios que ya hemos visto, sólo puede realizarse mediante el procedimiento expresamente previsto por el Tratado para ello, concretamente mediante el art. 48 TUE³⁰. Esto exige que sean los Estados miembros y no las instituciones (con independencia de su participación en ello) quienes revisen el Protocolo anejo al Tratado³¹.

El TJCE ha manifestado en varias ocasiones que el único mecanismo capaz de revisar el Tratado es el expresamente previsto al respecto³²; esto, aunque el Tratado tiene su base en Tratados internacionales. Originariamente el Tratado de la Unión es un Tratado internacional pero la jurisprudencia del TJCE ha afirmado una especificidad o particularidad de su Derecho, una autonomía, que ha sustraído al Derecho internacional público la regulación de la mayoría de relaciones entre los Estados miembros dentro de la Unión. Así, aunque celebrado como Convenio internacional, el Tratado constituye la *Carta constitucional de una Comunidad de Derecho en la que ni sus Estados miembros ni sus instituciones se pueden sustraer a lo dispuesto en ella*³³. Sobre la base de esta autonomía y especificidad, en particular en sus manifestaciones de primacía y función del TJCE como garante de la mayoría de su Derecho, se justifica la exclusividad del procedimiento de revisión y la imposibilidad de

²⁸ Vid., por ejemplo, arts. 104.14 TCE y 221, 3^{er} párrafo TCE.

²⁹ MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2002, pg. 339.

³⁰ Una cuestión muy interesante se plantearía si las reformas del sector algodonero vinieran impuestas por acuerdos en el marco de la OMC. En la OMC las negociaciones sobre productos agrícolas son competencia de la Comisión. Podría ocurrir que, alcanzado un acuerdo en el marco de la OMC, la Unión Europea se viera obligada a revisar el régimen de ayudas al algodón. En este caso, se plantearía un problema apasionante desde el punto de vista jurídico, sobre conflictos de normas en caso de que no se alcanzase la unanimidad necesaria entre los Estados para revisar el Tratado conforme al art. 48 TUE. Sobre el conflicto de normas entre sistemas jurídicos puede verse, ZAPATERO MIGUEL, P. *Derecho del Comercio Global*. Madrid: Civitas, 2003.

³¹ Los Protocolos anejos a los Tratados son parte integrante de éstos (art. 311 TCE).

³² Vid., por ejemplo, STJCE de 8 de abril de 1976, *Gabrielle Defrenne vs. SABENA*, as. 43/75, F. 57-58 y el Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, emitido con arreglo al ap. 6 del art. 228 del Tratado CE sobre la «Adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», pgs. 29 y 30.

³³ Vid. Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del art. 228 TCEE sobre el «Proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo», pg. 21 y STJCE de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste Les Verts vs. Parlement Européen*, as. 294/83, pg. 23.

utilizar un procedimiento distinto al expresamente previsto³⁴. Está claro que el Consejo no tiene competencia para *derogar* el régimen establecido, sino que ésta pertenece a los Estados miembros.

Existe, además, en estrecha conexión con esto, un vicio de desviación de poder del Consejo tal y como el TJCE lo ha definido. Según su jurisprudencia, se produce desviación de poder «cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso»³⁵. En el caso que nos ocupa, la utilización del procedimiento del art. 48 TUE hubiera retrasado en el tiempo la aplicación de la reforma puesto que, probablemente, se hubiera hecho coincidir con el texto de Constitución Europea.

IV. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DEL REGLAMENTO 864/2004 MEDIANTE LOS MECANISMOS TRADICIONALES

a) El recurso de anulación

El recurso de anulación (art. 230 TCE) es el mecanismo idóneo para impugnar el Reglamento 864/2004. Ello, porque es un mecanismo de control directo a diferencia de la cuestión prejudicial. Sin embargo, en principio³⁶, este recurso de anulación resultaría inviable en caso de que lo interpusieran las organizaciones agrarias o los algodoneros. El TJCE se ha mostrado muy restrictivo con la interpretación de la condición de afectados *directa e individualmente* que deben cumplir los particulares, personas físicas y jurídicas,

³⁴ Ello, sin perjuicio de que se hayan puesto en marcha revisiones *de facto* tales como la protagonizada por Suecia que, haciendo dejación de sus obligaciones para el paso a la tercera fase de la UEM, es decir, mediante un comportamiento incumplidor, ha alcanzado el resultado querido por ella y prohibido por el Tratado de no incorporarse a dicha Tercera fase por voluntad propia, después de haberse comprometido a la incorporación. La ausencia de denuncia de este incumplimiento, el consentimiento implícito para la práctica de este *opt-out*, para el ejercicio, en definitiva, de una reversión de los compromisos jurídicos previamente contraídos por este Estado miembro, ha permitido que se modifiquen *de facto* sus obligaciones y derechos dentro de la Unión en este ámbito (Sobre este caso puede verse ALCOCEBA GALLEGO, M. A. «Entre la irreversibilidad jurídica y la reversibilidad política: la negativa de Suecia a entrar en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria». *RDCE* núm. 2, vol. I, 1997, pgs. 623-638).

³⁵ STJCE de 22 de noviembre de 2001, *Países Bajos vs. Consejo*, as. C-110/97, ap. 137. Vid. también, por ejemplo, STJCE de 21 junio de 1984, *Charles Lux vs. Tribunal de Cuentas*, as. 69/83, ap. 30; STJCE de 13 de noviembre de 1990, *FEDESA y otros*, as. 331/88, ap. 24; STJCE de 23 de octubre de 2002, *Diputaciones Forales de Guipúzcoa, Álava y Vizcaya vs. Comisión*, as. T-269/99, T-271/99 y T-272/99, ap. 92; STJCE de 7 de noviembre de 2002, *Vela Srl vs. Comisión*, as. T-141/99, T-142/99, T-150/99 y T-151/99, ap. 130; STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Swedish Match*, as. C-210/03, ap. 75; STJCE de 10 de marzo de 2005, *España vs. Consejo*, as. C-342/03, ap. 64.

³⁶ Vid., más adelante, la posibilidad de alegar la inexistencia: Epígrafe V.

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

para poder interponer un recurso de anulación contra actos de los que no son destinatarios.

a.1) *El Reglamento 864/2004 como acto impugnabile en anulación*

Con independencia de su denominación como tal, el acto en cuestión es un Reglamento en el sentido del art. 249 TCE. Esto significa que tiene alcance general (afecta al conjunto del sector del algodón en toda la Unión Europea), es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable. El Reglamento 864/2004 es un acto del Consejo, obligatorio, definitivo y que despliega efectos fuera de esa institución, esto es, para terceros. En consecuencia, cumple con la naturaleza que exige el art. 230 TCE a los actos de las instituciones para poder ser recurridos en anulación.

a.2) *La legitimación activa de los particulares para impugnar el Reglamento 864/2004*

El art. 230.4 TCE subordina la legitimación activa de las personas físicas y jurídicas para recurrir un acto distinto de una Decisión de la que sean destinatarias, a que estén afectadas directa e individualmente por dicho acto. Además, el TJCE exige que, en estos casos, el particular tenga un interés en ejercitar la acción, cuestión indefectiblemente unida al cumplimiento de las otras dos condiciones.

i. *Afectación directa*

Según la jurisprudencia del TJCE, un particular resulta afectado directamente por un acto comunitario cuando éste tiene como efecto, por sí mismo, privarle de un derecho o imponerle una obligación, afectar en definitiva a su situación jurídica, sin que quepa facultad de apreciación e intervención alguna por parte de las autoridades nacionales o de la Unión³⁷ (salvo que ésta sea simplemente una medida de pura ejecución)³⁸.

En el caso que nos ocupa, los Estados miembros sólo se encargan de ejecutar el Reglamento 864/2004; esto significa que la actividad que realizan las administraciones de los Estados miembros para hacer llegar las ayudas (en nuestro caso la administración española), no es sino una actividad puramente administrativa incapaz de romper la relación directa entre el Reglamento y los beneficiarios de la ayuda.

ii. *Afectación individual*

Según el TJCE, un acto afecta de modo individual a una persona física o

³⁷ Vid., por ejemplo: STJCE 8 de julio de 2004, *Regione Siciliana vs. Comisión*, as. T-341/02, ap. 53; STJCE de 5 de mayo de 1998, *Dreyfus vs. Comisión*, C-386/96, ap. 43; STJCE de 11 de julio de 1985, *Salerno y otros vs. Comisión*, as. Ac. 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 y 10/84, ap. 31; STJCE de 13 de mayo de 1971, *International Fruit Company*, as. Ac. 41-44/70, aps. 23 a 28.

³⁸ Vid., por ejemplo, STJCE de 29 de marzo de 1979, *Tokio Bearing Co vs. Consejo*, as. 11/77, ap. 11; STJCE de 6 de marzo de 1979, *Simmenthal vs. Comisión*, as. 92/78, ap. 26.

jurídica cuando «le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de una manera análoga a la del destinatario»³⁹. Por tanto, no basta con la posibilidad de que pueda determinarse el número e identidad de las personas a las que se aplicará el acto, sino que es necesario que las personas físicas o jurídicas que pretenden interponer el recurso de anulación sean las únicas afectadas por él, con exclusión de todas las demás. Es necesario que el acto les afecte de forma individualizada, y no de manera general y abstracta como podría afectar a cualesquiera personas que pudieran encontrarse en la misma situación⁴⁰. Cualquier persona física o jurídica que pretenda impugnar un acto de Derecho comunitario debe diferenciarse de cualquier otra persona afectada por dicho acto de forma análoga a un destinatario. Si bien el TJCE ha reconocido que esta condición debe interpretarse a la luz del principio de tutela judicial efectiva y habida cuenta de las circunstancias de cada demandante⁴¹, lo cierto es que su jurisprudencia muestra una clara tendencia a una interpretación restrictiva.

En el caso concreto que nos ocupa, y precisamente por esta última razón, la posibilidad de que las organizaciones agrarias UPA, ASAJA y COAG pudieran impugnar el Reglamento 864/2004 es muy limitada. El caso paradigmático que permite aventurarse en este sentido es el *caso UPA*, de 25 de julio de 2002. En esta Sentencia el TJCE resolvió un recurso de casación interpuesto por la Unión de Pequeños Agricultores contra el Auto del TPI de 23 de noviembre de 1999 que declaraba la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto por UPA contra el Reglamento del Consejo 1638/98 por considerar que esta organización agraria carecía de la condición de *afectación individual* que exige el Tratado para hacer uso del art. 230.4 TCE⁴². El TJCE, en una Sentencia no carente de polémica⁴³ y en contra de las

³⁹ STJCE de 15 de julio de 1953, *Plaumann vs. Comisión*, as. 25/62, pg. 199; Vid. también, STJCE de 22 de noviembre de 2001, *Nederlandse Antillen vs. Consejo*, C-452/98, ap. 60; STJCE de 2 de abril de 1998, *Greenpeace vs. Comisión*, as. C-321/95, ap. 7; STJCE de 19 de mayo de 1993, *Cook vs. Comisión*, as. C-198/91, ap. 20.

⁴⁰ STJCE *Greenpeace*, cit. ap. 28.

⁴¹ Vid., por ejemplo, STJCE de 18 de mayo de 1994, *Codorniu vs. Consejo*, as. C-309/89, aps. 19 y ss.

⁴² as. T-173/98.

⁴³ GILLIAUX, P. «L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiarité jurisdictionnelle et effectivité». *CDE*. 2003, núm. 1-2, pgs. 177-202; GIMENO VERDEJO, C; ROFES PUJOL, M. I. «La Sentencia Unión de Pequeños Agricultores. Confirmación de las estrictas condiciones de admisibilidad de los recursos de anulación de disposiciones comunitarias». *Cuadernos europeos de Deusto*. 2003, núm. 28, pgs. 133-140; GRANGER, M. P. «Standing for the judicial review of Community acts potentially to the environment: some light at the end of the túnel?». *Env. L. Rev.* 2003, vol. 5, pgs. 45-56; RAGOLLE, F. «Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent (r)evolutions». *ELR*. 2003, núm. 1, vol. 28, pgs. 90-111; VAN DEN BROEK, N. «A long hot summer for individual concern? The European Court's recent case la won direct actions by private parties... and a plea for foreign affaire exception». *LIEL*. 2003, núm. 1, vol. 30, pgs. 61-79.

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

conclusiones del Abogado General Jacobs⁴⁴, confirmó el Auto del TPI. Aunque el TJCE optó, siguiendo la opinión del Abogado General, por determinar la legitimación activa de las personas físicas y jurídicas para interponer un recurso de anulación al margen de que éstas disfrutaran de una tutela judicial efectiva al respecto en los ordenamientos nacionales, se alejó del criterio de éste al obviar la cuestión de ofrecer una interpretación extensiva del concepto de *persona directamente afectada*⁴⁵. El Abogado General era partidario de una interpretación que superara el concepto tradicional de modo que una persona resultara individualmente afectada «si, debido a sus circunstancias particulares, el acto lesiona o puede lesionar sus intereses de manera sustancial»⁴⁶.

Probablemente, en caso de que se interpusiera el pertinente recurso de anulación por ASAJA, COAG y UPA contra el Reglamento 864/2004, el TPI declararía su inadmisibilidad por considerar que los miembros de estas organizaciones no están «afectados por el Reglamento impugnado debido a ciertas cualidades que les son propias o a una situación de hecho que les caracteriza en relación con cualesquiera otras personas (...) el hecho de que el Reglamento impugnado afectara, en el momento en que se adoptó, a los miembros de la demandante que operaban en aquella época en el mercado (...) no puede caracterizarles en relación con cualquier otro operador comunitario, ya que se encuentran en una situación determinada objetivamente, análoga a la de cualquier otro operador que entrara hoy o en el futuro en dichos mercados (...). El Reglamento impugnado sólo afecta a los miembros de la demandante debido a su condición de operadores económicos que actúan en dicho mercado, del mismo modo que a todos los demás operadores económicos que actúan en éste»⁴⁷.

Por otro lado, en el caso concreto de las asociaciones, el Tribunal ha admitido la posibilidad de que éstas tengan legitimación activa «cuando una disposición legal reconoce expresamente a las asociaciones profesionales una serie de facultades en el marco del procedimiento; cuando la asociación representa los intereses de empresas que habrían podido interponer válidamente recurso por sí mismas; cuando la asociación resulta individualizada por verse afectados sus propios intereses en cuanto asociación, en especial porque el acto cuya anulación se solicita ha afectado a su posición de nego-

⁴⁴ Cit.

⁴⁵ Esta misma línea jurisprudencial se ha visto confirmada posteriormente por el TJCE en su sentencia de 1 de abril de 2004 en el caso *Jégo-Quéré (Jégo-Quéré vs. Comisión)*, as. C-263/2002). Este caso tiene su origen en un recurso de casación interpuesto por la Comisión contra una Sentencia del TPI de 3 de mayo de 2002 que admitió a trámite, en contra de su propia jurisprudencia anterior (Auto UPA de 23 de noviembre de 1999), un recurso de anulación interpuesto por esa Sociedad contra un Reglamento. El TPI resolvió la admisibilidad del recurso en base a una interpretación extensiva de «persona individualmente afectada», en la línea de las Conclusiones del Abogado Jacobs en el recurso de casación interpuesto en el Caso UPA, y emitidas dos meses antes.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General Jacobs, cit., ap. 60.

⁴⁷ Auto TPI de 23 de noviembre de 1999, UPA, cit., ap. 50.

ciadora»⁴⁸. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, y por analogía con el caso UPA, tampoco parece posible que el Reglamento pudiera afectar a alguno de los intereses específicos de las Organizaciones agrarias UPA, ASAJA y COAG como tales⁴⁹.

Si en lugar de las organizaciones agrarias, fuese un agricultor el que intentara interponer un recurso de anulación, probablemente la respuesta del TPI sería la misma que si se tratase de las organizaciones agrarias y sobre la base de idéntico argumento: no existe afectación individual.

a.3) *La adopción de medidas cautelares*

No obstante, siendo la cuestión a la que acabo de referirme el objeto central de las siguientes páginas, el *caso del algodón* suscita también de forma tangencial otra cuestión vinculada al recurso de anulación: la adopción de medidas cautelares de suspensión de la disposición impugnada.

La relevancia de esta cuestión en relación con el Reglamento 864/2004 está en la petición de España al TJCE de adoptar medidas cautelares para suspender la aplicación de las disposiciones supuestamente viciadas del Reglamento una vez planteado recurso de anulación contra éste. El 18 de enero de 2005, el Presidente del TJCE emitió un Auto desestimando tal petición⁵⁰. Tradicionalmente el TJCE exige dos condiciones para la concesión de medidas cautelares: la urgencia de tales medidas y su justificación por razones de hecho y de Derecho (*fumus boni iuris*) tal y como exige el art. 83 del Reglamento de procedimiento ante el TJCE. A estas condiciones la jurisprudencia del TJCE ha sumado una más: el equilibrio de intereses entre demandante, demandado e incluso terceros y el interés general⁵¹.

En su Auto el Presidente del TJCE, aun después de reconocer que «resulta imposible proceder a un examen exhaustivo de una situación de hecho compleja»⁵², estimó que no se daba el requisito de la urgencia⁵³. El Presidente consideró que no quedaba claro «con suficiente certeza» que la no suspensión de la aplicación del Reglamento supusiera un perjuicio grave e irreparable⁵⁴. Aunque el Presidente del TJCE reconoció que cualquier productor de algodón debe planificar sus siembras y adoptar medidas con cierta antelación para la campaña 2006/2007 y que, evidentemente, el régimen de ayudas del que podrían beneficiarse influiría en ello, consideró,

⁴⁸ *Ibíd.*, ap. 47.

⁴⁹ *Ibíd.*, aps. 53 a 55.

⁵⁰ Auto del Presidente del TJCE de 18 de enero de 2005, *España vs. Consejo*, as. C-310/04 R 1.

⁵¹ Vid., por ejemplo, Auto del Presidente del TJCE de 11 de abril de 2002, *NDC Health vs. Comisión*, as. C-481/01 P (R); Auto de 28 de mayo de 2001, as. *Poste Italiane Spa. vs. Comisión*, as. T-53/01 R; Auto del Presidente del TJCE de 26 de octubre de 2001, *IMS Health vs. Comisión*, as. T-184/01.

⁵² Apartado 42.

⁵³ Apartado 44.

⁵⁴ Apartado 42.

también, que «en la realidad de la vida económica, generalmente dichas medidas pueden modificarse o adaptarse según la evolución de las condiciones del mercado de que se trate, y no presentan por tanto necesariamente un carácter irreversible»⁵⁵.

Teniendo en cuenta que el Reglamento 864/2004 es aplicable desde el 1 de enero de 2006, sólo podría justificarse que no se hubieran dictado medidas cautelares en cuanto que el TJCE tenía intención de dictar su Sentencia sobre el fondo antes de la aplicación del Reglamento o, al menos, pocos días después. Sin embargo, a día de hoy (febrero de 2006) el Tribunal no se ha pronunciado. Esto supone que, habida cuenta de que el algodón se siembra en primavera (abril-mayo), una eventual sentencia del TJCE anulando el Reglamento llegaría demasiado tarde como para garantizar su plena eficacia y evitar un grave e irreparable perjuicio para los agricultores y las industrias destinadas al algodón⁵⁶.

b) La cuestión prejudicial

Ante la probable inadmisibilidad del recurso de anulación, la otra posibilidad que tradicionalmente queda abierta para los particulares, y que pretende colmar la laguna en la tutela judicial efectiva dada su limitada legitimación activa en el recurso de anulación, es la cuestión prejudicial (art. 234 TCE).

En esta ocasión, cada agricultor interesado se vería obligado a dirigirse a la administración española, solicitando una ayuda a la producción de algodón. Una vez obtenida respuesta de la administración española en aplicación del Reglamento 864/2004, el agricultor habría de recurrir dicha decisión administrativa para que el juez nacional presentara la pertinente cuestión prejudicial de validez sobre el Reglamento que es el que, mediante un acto administrativo, se habría aplicado en este caso.

Este procedimiento tendría importantes inconvenientes para el particular, para el algodonero, que permiten dudar de que los particulares gocen de una tutela judicial efectiva plena⁵⁷:

–En primer lugar las cuestiones prejudiciales no permiten adoptar medidas cautelares que suspendan la aplicación del Reglamento en sí mismo y con carácter general. De un lado, las medidas cautelares sólo pueden ponerse en marcha en el marco de recursos directos (arts. 242 y 243 TCE); de otro lado, el juez nacional sólo puede suspender la ejecución de la medida administrativa nacional adoptada en aplicación del acto comunitario en relación con el que se ha planteado la cuestión prejudicial o adoptar medidas provi-

⁵⁵ Apartado 40.

⁵⁶ Sobre los posibles efectos del Reglamento vid., las alegaciones de España recogidas en el Auto mencionado, apartado 25 y también el *Informe sobre la situación socioeconómica...* op. cit.

⁵⁷ Conclusiones del Abogado General Jacobs, cit., en particular aps. 40 y ss.

sionales que hagan inaplicable el acto⁵⁸. En el caso que nos ocupa, la adopción de ese tipo de medidas por el juez nacional en relación con un caso concreto no impediría la concesión de ayudas a otros agricultores en aplicación del Reglamento 864/2004, puesto que las medidas que pudiera adoptar el juez nacional se adoptarían sobre la decisión de concesión de ayuda al agricultor litigante, que es el acto administrativo nacional que aplica el acto comunitario. Dicho de otro modo, las medidas que pudiera adoptar el juez nacional, quedarían limitadas al caso concreto de que se tratase, por lo que cada agricultor interesado debería interponer el pertinente recurso para obtener la suspensión correspondiente.

—En segundo lugar, el procedimiento es demasiado largo y costoso. Los tribunales nacionales no siempre tienen obligación de plantear una cuestión prejudicial y el juez nacional dispone de un cierto margen de apreciación para plantear la cuestión prejudicial. En virtud del art. 234 TCE, sólo los órganos jurisdiccionales nacionales que deciden en última instancia están obligados a plantear una cuestión prejudicial; en el resto de las instancias, el reenvío es facultativo salvo que el juez nacional quiera apartarse de la interpretación previa ofrecida por el TJCE o bien dude de la validez del acto de que se trate⁵⁹. Esto significa que es posible que los litigantes tengan que utilizar todas las vías de recurso necesarias para llegar al órgano jurisdiccional obligado al reenvío. Por otro lado, la jurisprudencia del TJCE ha atemperado esta obligación de reenvío en los casos en que el TJCE ya se ha pronunciado sobre la cuestión planteada⁶⁰ y en los casos en que el sentido del acto es claro (doctrina del acto claro)⁶¹. En el caso español, sólo una vez que el caso llegara al Tribunal Supremo se plantearía con seguridad una cuestión prejudicial de validez sobre el Reglamento 864/2004, siempre y cuando este Tribunal efectuara una apreciación preliminar negativa sobre la validez del acto en cuestión. Ello porque el Tribunal Supremo es la «última instancia» a la que cabe recurrir según el orden jurisdiccional español y suponiendo que el TJCE o el TPI no se hubieran pronunciado todavía sobre la cuestión planteada.

—En tercer lugar, y al contrario de lo que ocurre con el recurso de anulación, aunque las sentencias sobre cuestiones prejudiciales de invalidez despliegan sus efectos sobre cualesquiera situaciones idénticas, no impiden la subsistencia del acto. En caso de que efectivamente un acto comunitario sea declarado inválido vía sentencia prejudicial, los órganos administrativos nacionales de los Estados estarían obligados a no aplicarlo. Ahora bien, en el caso que nos ocupa es muy probable que cuando se resolviera la cuestión prejudicial, y siempre que se hiciera en sentido positivo, muchos agricultores ya se habrían visto afectados por parte de la administración española.

⁵⁸ Vid., por ejemplo, STJCE de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89, Fdts. 18 y 19.

⁵⁹ Vid. STJCE de 22 de octubre de 1987, *Fotofrost*, as. 314/85, aps. 12 a 15.

⁶⁰ Vid. STJCE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, as. 283/81, aps. 13 y 14.

⁶¹ *Ibid.*, ap. 16.

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

Sólo les quedaría, quizás, la posibilidad de solicitar una indemnización a la Comunidad por los daños que han sufrido por la adopción de un Reglamento ilegal (art. 235 TCE).

c) La excepción de ilegalidad

La excepción de ilegalidad recogida en el art. 241 TCE, es un instrumento de Derecho que permite aducir ante el TJCE o el TPI la ilegalidad de un acto comunitario en el marco de un proceso judicial en curso ante él relativo a un acto comunitario, de aplicación o de no aplicación de aquél⁶².

En el caso que nos ocupa, la excepción de ilegalidad resulta inviable. Ello porque no se hace posible plantear ningún recurso ante el TJCE o el TPI en el marco del cual plantear la excepción de ilegalidad contra el Reglamento 864/2004. Este Reglamento se aplica directamente por las autoridades administrativas de los Estados miembros y, por tanto, esta actuación, que es una mera ejecución del Reglamento no puede recurrirse ante el TJCE.

d) El recurso por responsabilidad extracontractual

La posibilidad de solicitar una indemnización por daños a la Comunidad (art. 235 TCE) suscita, en este caso, algunos problemas. En primer lugar, si en el marco de este recurso se declarara que el Reglamento 864/2004 no es válido, esta declaración sólo tendría efectos entre las partes en el proceso. En segundo lugar, si bien la violación está, en mi opinión, suficientemente caracterizada, y el daño también resulta real, cierto y con causa en dicha violación, no está tan claro que se trate de la violación de una norma que, en sí misma, proteja a los particulares tal y como la jurisprudencia del Tribunal exige⁶³; la violación está constituida en este caso por la utilización del Derecho derivado para revisar el Derecho originario.

V. LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS COMUNITARIOS Y SU APLICACIÓN AL REGLAMENTO 864/2004

Como acabamos de ver, estos mecanismos tradicionales resultan poco eficaces para el particular cuando no especialmente gravosos para él. Precisamente, en estrecha relación con la protección de los derechos de los ciudadanos y, concretamente, para paliar esta tutela judicial insuficiente podría acudir a la teoría del *acto jurídico inexistente*. La jurisprudencia del TJCE no es ajena a esta *teoría de la inexistencia*. La novedad radicaría en su utiliza-

⁶² Sobre la excepción de ilegalidad vid., CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. «La excepción de ilegalidad en el sistema jurisdiccional comunitario». Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.

⁶³ Vid., por ejemplo: STJCE de 25 de mayo de 1978, *NHL*, as. acs. 83 y 94/76, 4, 15 y 44/77; STJCE de 19 de mayo de 1992, *Mulder*; as. C-104/89; Auto TJCE de 12 de julio de 1996.

ción como vía alternativa para que los particulares pudieran atacar la legalidad de los actos de Derecho comunitario que adolecen de una especial gravedad, y poder satisfacer así en mayor grado un derecho a la tutela judicial efectiva que actualmente es, en mi opinión, muy limitado.

a) La inexistencia de los actos jurídicos

Para que un acto normativo pueda ser declarado *inválido* tiene que satisfacer las condiciones mínimas para ser reconocido por el ordenamiento mismo en relación con el que se declara su invalidez⁶⁴. Por el contrario, un *acto jurídico inexistente* es un acto jurídico que adolece de un *vicio de tal gravedad* que se sitúa claramente fuera del comercio jurídico⁶⁵; es un acto *extra ordinem*, ajeno al ordenamiento jurídico en el que pretende introducirse, porque no cuenta con los requisitos mínimos para ser reconocido como propio de tal sistema jurídico⁶⁶; se trata de un acto que carece de toda base jurídica en el ordenamiento jurídico al que pretende pertenecer.

Lejos de ofrecer una única definición de la inexistencia de los actos jurídicos que, además, en opinión de algunos, debiera diferenciarse de la *nullidad absoluta o de pleno derecho*⁶⁷, la doctrina científica sí se ha mostrado de acuerdo en atribuir a la teoría de la inexistencia un carácter funcional que explica su presencia en distintas ramas del Derecho interno (administrativo, civil, penal,...) y en Derecho comunitario, y a partir del cual quizás sí sea posible definirla⁶⁸: con su aplicación se pueden sancionar irregularidades especialmente graves de actos jurídicos que no pueden ser sancionadas mediante los mecanismos tradicionalmente previstos⁶⁹; así pueden evitarse las consecuencias fatales que conllevarían estos actos⁷⁰. La inexistencia sería «una respuesta, o sanción, del ordenamiento jurídico ante la gravedad extraordinaria de los vicios que afectan a un acto»⁷¹.

Es evidente que, así descrita, la teoría de la inexistencia puede hacer tambalear la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones jurídicas⁷²; sin

⁶⁴ CATTABRIGA, Ch. *La corte di Giustizia e il processo decisionale politico*. Giuffrè: Milano, 1998, pg. 302.

⁶⁵ BERGERES, Ch. «La théorie de l'inexistence en droit communautaire. 1ere. partie». *RTDE* 1989, núm. 3, pgs. 393-394.

⁶⁶ CATTABRIGA, Ch., op. cit.

⁶⁷ Vid. sobre esta cuestión, en particular, VAN EMPPEL, M. «L'acte public inexistant et le droit communautaire». *CDE*. 1971, pgs. 251-283.

⁶⁸ BERGERES, Ch., «La théorie de l'inexistence en droit communautaire. 2 partie». *RTDE*. 1989, núm. 4, op. cit., pg. 402.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 403; VAN EMPPEL, M., op. cit., pgs. 263-264; VANDERSANDEN, G.; BARAV, A. *Contentieux communautaire*. Bruylant: Bruxelles, 1977, pg. 266.

⁷⁰ VANDERSANDEN, G.; BARAV, A., cit., pg. 266.

⁷¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, de 14 de mayo de 1998, as. Ac. C-10/97 a C-22/97, pg. 36.

⁷² Criticando la aplicación de esta teoría por considerar que abre la puerta a la arbitrariedad, DUBOIS, P. «L'exception d'illegalité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes». *CDE*. 1978, pgs. 431-432; MATHIJSEN, P. «Nullité et annulabilité de actes des

embargo, también es cierto que esta teoría contribuye a fortalecer el principio de legalidad, el respeto del Derecho. La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos es una muestra más del difícil equilibrio que debe presidir cualquier sistema jurídico: legalidad-seguridad jurídica⁷³.

b) La inexistencia en Derecho comunitario

b.1) *La teoría de la inexistencia en la jurisprudencia del TJCE*

Objeto tradicional de estudio por el Derecho administrativo, la teoría de la inexistencia (o de la nulidad absoluta)⁷⁴ no es extraña al Derecho de la Unión Europea. La primera vez que el TJCE se *refiere* a la inexistencia de los actos jurídicos es en el caso *Algera*⁷⁵, aunque fue sólo una referencia en sentido estricto puesto que el Tribunal aludió a la noción de forma muy tímida y en sentido negativo⁷⁶. La primera vez que el Tribunal *aplica* la teoría de la inexistencia es en el caso *Tubes de la Sarre*⁷⁷. Desde entonces, los pro-

institutions européennes». En *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*. Tomo II. Bruxelles: Bruylant, 1972, pgs. 282-283.

⁷³ Así lo ha reconocido el propio TJCE en su Sentencia de 15 de junio de 1994, *Comisión vs. Basf*, as. C-137/92, FJ. 49; STJCE de 8 de julio de 1999, *Hüls vs. Comisión*, as. C-199/92 P, FJ. 85.

⁷⁴ En los últimos tiempos el TJCE parece preferir la expresión inexistencia, sobre la de nulidad. Comparense, por ejemplo, la STJCE de 12 de julio de 1957, as. 7-56 y 3 a 7/57 y la STJCE de 10 de diciembre de 1957, as. 1 y 14/57 con STJCE de 15 de junio de 1994, *BASF*, cit. y STJCE de 8 de julio de 1999, *Hüls AG vs. Comisión*, as. C-199/92 P. Utilizándolas como sinónimos vid. SCHERMERS, H. G; WAELBROECK, D.F. *Judicial Protection in the European Union*. The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2001, pg. 341.

⁷⁵ STJCE de 12 de julio de 1957 cit.

⁷⁶ En esta ocasión, y en lo que a nosotros nos interesa, los hechos, extremadamente complejos, llevaron a que, tras una reorganización interna del personal de todas las instituciones comunitarias, funcionarios comunitarios interpusieran un recurso de anulación, dentro del plazo, contra dos Decisiones en virtud de las cuales algunos de los derechos estatutarios de los que gozaban se vieron atacados. En este caso, el TJCE distinguió entre nulidad absoluta de un acto (o, dicho de otro modo, su inexistencia) y su anulabilidad al reservar la primera de las consecuencias para *casos excepcionales* cuyas características no describió en esa ocasión y que, en opinión del TJCE, tampoco se daban en el caso en cuestión. En opinión de BERGERES, Ch., puesto que en esta sentencia no era necesaria ninguna referencia a la nulidad absoluta de los actos en cuestión, está claro que el TJCE quiso mostrar su intención de prepararse para su aplicación futura (op. cit., pg. 430).

⁷⁷ STJCE de 10 de diciembre de 1957, *Usines Tubes de la Sarre* cit. Esta Sentencia supone, en opinión de BERGERES, Ch., la consagración de la teoría de la inexistencia en Derecho comunitario (op. cit. pg. 430). En esta ocasión, la referencia del Tribunal se produce en un pronunciamiento sobre el recurso de anulación interpuesto por la Société des Usines à Tubes de la Sarre contra los dos dictámenes negativos emitidos por la Alta Autoridad CECA en virtud del entonces art. 54, cuarto párrafo TCECA, en relación con la inversión de la sociedad demandante para instalar una acería eléctrica. La demandante solicitaba, bien que el recurso fuera declarado inadmisibile porque los dictámenes no desprendían efectos jurídicos, bien que fuera anulado por violación de distintas disposiciones del Tratado. En esta ocasión, aunque de las conclusiones del Abogado General Lagranje y de las pretensiones de la demandante no se desprendía alusión alguna, ni siquiera indirecta, a

nunciamentos del TJCE al respecto dejan claro que, si bien «los actos de las Instituciones comunitarias disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad y (...), por lo tanto, producen efectos jurídicos, aun cuando adolezcan de irregularidades, mientras no hayan sido anulados o revocados»⁷⁸, en ciertas ocasiones, cuando «los actos adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico comunitario deben ser considerados carentes de cualquier efecto jurídico, incluso provisional, es decir, jurídicamente inexistentes»⁷⁹.

Precisamente sobre la base de indicios suficientes de gravedad evidente⁸⁰, el TJCE ha aceptado entrar a examinar la alegación realizada al respecto por alguna de las partes en un litigio ante él, incluso si, en principio, el Derecho comunitario no autoriza a dicha parte a instar un control de la legalidad. En opinión del TJCE, el sistema de recursos que establece el Tratado distingue entre los recursos por incumplimiento y los recursos destinados a controlar la conformidad con el Derecho de la Unión de las acciones o abstenciones de las instituciones de modo que «estos recursos persiguen objetivos distintos y están sujetos a normas concretas diferentes. Por consiguiente, un Estado miembro no puede, si una disposición del Tratado no le autoriza expresamente a ello, alegar que es contraria a derecho una decisión de la que es destinatario como medio de defensa frente a un recurso por incumplimiento fundado en el incumplimiento de dicha decisión (...)» salvo que «el acto en cuestión adoleciera de vicios especialmente graves y evidentes hasta el extremo de ser calificado de acto inexistente»⁸¹; en esa misma línea

la teoría de la inexistencia (Vid. BERGERES, Ch., *Ibíd.*, pg. 433), el TJCE consideró que uno de los Dictámenes emitidos por la Alta Autoridad adolecía de un vicio tal que le hacía inexistente: «Varias de las condiciones exigidas por el Tratado [para la adopción de estos dictámenes] no se han cumplido; aunque, entre ellas, algunas son formalidades que no pueden afectar a la naturaleza o existencia del acto, parece que la motivación de un dictamen no sólo está prescrita por los artículos 5, 15 y 54 párrafo 4, del Tratado, sino que constituye un elemento esencial, incluso constitutivo del acto. De forma que *la ausencia de motivación entraña la inexistencia del acto*. En consecuencia, la carta de 19 de diciembre de 1956 no constituye un Dictamen en el sentido del art. 54, párrafo 4 del Tratado, y el recurso 1/57 es inadmisibile por ausencia de objeto, siendo jurídicamente inexistente el acto recurrido» (pg. 220) (La traducción y la cursiva son mías). No obstante, la doctrina científica tiende a considerar que la apreciación del TJCE en este caso resulta superflua al tener como objeto Dictámenes y no Decisiones (Vid. BERGERES, Ch., *op. cit.*, pg. 434; BOULOIS, «J. Cour de Justice de la Communauté Européenne du Cahrbon et de l'Acier. Commentaire STJCE 10-12-1957, as. 1 et 14/57, Usines à tubes de la Sarre vs. Alta Autoridad». *AFDI*, 1958, pg. 314; VAN EMPEL, M., *op. cit.*, pg. 274). Por otra parte, la jurisprudencia del TJCE se ha corregido posteriormente y la ausencia de motivación no es ya causa de inexistencia sino, simplemente, de anulación (Vid. ARZOX, X. *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*. IVAP: Bilbao, 1999, pgs. 585-586; BERGERES, Ch., *op. cit.*, pgs. 433-434; MATHIJSEN, P., *op. cit.*, pg. 276).

⁷⁸ STJCE de 15 de junio de 1994, *BASF*, cit., FJ. 48.

⁷⁹ *Ibíd.* F. 49.

⁸⁰ Vid., por ejemplo, STPI de 25 de febrero de 2003, *Strabag Benelux NV vs. Consejo*, as. T-183/00, F. 37 y 38.

⁸¹ STJCE de 30 de junio de 1988, *Comisión vs. Grecia*, as. 226/87, F. 12 y 16.

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

el TJCE ha considerado que «calificar un acto de inexistente permite constatar, fuera de los plazos de recurso, que este acto no ha producido ningún efecto jurídico»⁸².

Tenemos, por tanto, que el TJCE ha declarado, excepcionalmente, la inexistencia de un determinado acto a iniciativa de un demandante en el curso del procedimiento principal que se desarrolla ante él, procedimiento que no siempre tiene por objeto principal la anulación de ese acto⁸³. Son dos, en consecuencia, las cuestiones que merecen especial atención, de un lado la *excepcionalidad de la declaración de inexistencia* y, de otro lado, la *posibilidad de impugnar el acto comunitario fuera de los cauces procesales que reconoce el Derecho positivo*.

b.2) *La excepcionalidad de la declaración de inexistencia*

La jurisprudencia del TJCE es muy restrictiva. La excepcionalidad de este examen va indefectiblemente unida, según el TJCE, a una razón de orden público⁸⁴ cual es la existencia de vicios particularmente graves y evidentes en el acto concreto de que se trate⁸⁵.

i. La evidencia del vicio

La evidencia del vicio, su carácter manifiesto, implica la *evidencia ictu oculi* de las irregularidades de que se trate, mediante una mera lectura del texto⁸⁶ especialmente por los destinatarios del acto si los hubiera; se trata de que la gravedad salte a la vista⁸⁷, de que pueda ser constatada no sólo por un técnico del Derecho, sino por cualquiera⁸⁸.

En el caso Cooperative d'Abruzzo, y desde entonces, el TJCE sumó a la gravedad del vicio como condición para la inexistencia de un acto, su evidencia. En esta ocasión, el Consorzio Cooperative d'Abruzzo interpuso un recurso de anulación contra una Decisión de la Comisión de 31 de octubre de 1984 que modificaba una Decisión previa de 7 de abril de 1982, y financiaba, con cargo al FEOGA, un centro regional para el tratamiento de mos-

⁸² STJCE de 26 de febrero de 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo vs. Comisión*, as. 15/85, Fdto. 10.

⁸³ Hay que decir, no obstante, que en otros casos sí. Vid. por ejemplo, STPI de 25 de febrero de 2003, *Strabag*, cit., en donde Strabag formulaba tres motivos en apoyo de su recurso de anulación, siendo el primero de ellos la inexistencia de la decisión impugnada. No obstante, este motivo se introdujo en el escrito de réplica y por esa razón no fue admitido.

⁸⁴ STPI de 27 de febrero de 1992, *Basf y otros vs. Comisión*, as. Acs. T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 y 104/89, F. 68; STPI de 25 de febrero de 2003, *Strabag*, cit., F. 37.

⁸⁵ Vid. STJCE de 26 de febrero de 1987, *Cooperative d'Abruzzo*, cit., F. 10; STJCE de 30 de junio, *Grecia*, cit., F. 16; STJCE de 27 de octubre de 1992, *Comisión vs. Alemania*, as. C-74/91, F. 11.

⁸⁶ STJCE de 26 de febrero de 1987, *Cooperative d'Abruzzo*, cit., F. 11.

⁸⁷ STJCE de 15 de junio de 1994, *Basf*, cit., F. 36.

⁸⁸ Vid. en este sentido Arzo, X., op. cit. pg. 597.

tos y embotellamiento de vinos en el municipio de Frisa en Italia. La Comisión, por su parte, alegó que la Decisión de 7 de abril de 1982 adolecía de vicios tales que la hacían inexistente. Concretamente, la Comisión alegaba que la cantidad que figuraba en dicha Decisión era errónea. El TJCE consideró en este caso, siguiendo la opinión del Abogado General Mischo, que los vicios alegados por la Comisión no eran evidentes en cuanto que, puesto que las normas internas relativas a la determinación de las cantidades máximas que podía conceder el FEOGA en el marco de las ayudas a la comercialización y transformación de ciertos productos agrícolas no estaban publicadas, sólo los funcionarios de la Comisión que aplicaban regularmente estas disposiciones podrían darse cuenta de que éstas se habían violado.

La evidencia del vicio como condición para la inexistencia se justifica en aras de la seguridad jurídica: cuanto más evidente sea el vicio, menor será la fiabilidad que el acto ofrezca como elemento válido del ordenamiento jurídico y menor será el menoscabo de la seguridad jurídica cuando el acto sea declarado inexistente⁸⁹. Esta condición es la primera que comprueba el Tribunal para valorar, a continuación, la gravedad del vicio; si esta primera condición no se cumple, el Tribunal no entra a examinar la gravedad⁹⁰.

ii. La gravedad del vicio

La gravedad del vicio como condición para la inexistencia del acto implica *la ausencia de toda base jurídica en el ordenamiento jurídico comunitario*⁹¹, esto es, una irregularidad contraria a una exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario. Se trata de una irregularidad que va más allá de lo *normal*, más allá de una valoración errónea de los hechos o de la simple ignorancia de la norma⁹² y que atenta contra los propios fundamentos de la Unión.

El estado actual de la jurisprudencia no permite elaborar una lista exhaustiva de los vicios graves que pueden suponer la inexistencia del acto⁹³. La jurisprudencia es más bien escasa en la materia (sobre todo si la comparamos con otras cuestiones) y, además, la gravedad de la declaración de inexistencia ha llevado a que, de un lado, el TJCE sólo haya constatado la existencia de tales vicios en ocasiones muy puntuales y a que, de otro lado, no se haya producido evolución al respecto. Precisamente por eso, es posible identificar ya en la Sentencia *Kortner* de 1974 los vicios que pueden dar lugar a la inexistencia de un acto. En este caso el TJCE declaró que no es posible calificar de inexistente un acto «que emana de una autoridad competente

⁸⁹ VAN EMPEL, M., op. cit., pg. 268.

⁹⁰ Vid. STJCE de 26 de febrero de 1987, *Cooperative d'Abruzzo*, cit., F. 11.

⁹¹ Vid. STJCE de 10 de diciembre de 1969, *Comisión vs. República Francesa*, as. 6 y 11/69, Rec. 1969, F. 13.

⁹² STPI de 27 de junio de 1991, *Iñigo Valverde Mordt vs. TJCE*, as. T-156/89, FJ. 84. Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Jean MISCHO, el 11 de diciembre de 1986, *Cooperative d'Abruzzo*, cit., pg. 1019.

⁹³ En este sentido HARTLEY, *TC Foundations of European Community Law*. London, Oxford University Press, 2003, pg. 349.

y se ha adoptado respetando las condiciones de procedimiento y forma establecidas en el Tratado»⁹⁴. Esto significa que un acto puede ser declarado inexistente cuando emana de una autoridad no competente y cuando se ha adoptado mediante un procedimiento y forma distintos a lo establecido en el Tratado. Se identifican, por tanto, de un lado, ciertos vicios graves de carácter formal o procesal (en cuanto que esenciales, incluso constitutivos del acto⁹⁵ y, de otro lado, ciertos vicios graves de fondo⁹⁶. Así descritos, parece que estamos ante vicios que también pueden suponer la anulación de un acto en virtud del art. 230 TCE. Ciertamente, la falta de concreción de los vicios por parte del TJCE más allá de lo señalado contribuye a ello. Por eso precisamente la doctrina coincide en señalar que para resolver, el Juez pondere las distintas exigencias de legalidad y seguridad jurídica en cada caso, en aplicación del carácter funcional que se atribuye a la teoría de la inexistencia⁹⁷. Ahora bien, puesto que se trata de vicios tales que impiden que el acto viciado sea reconocido como integrante del ordenamiento jurídico, el vicio debe ser *algo más que un vicio ordinario de legalidad*⁹⁸. Por esa razón, podemos afirmar que un vicio que afecte a los propios fundamentos de la Unión, a su núcleo duro⁹⁹, a sus bases constitucionales¹⁰⁰, será inexistente.

El TJCE sí ha identificado un tipo de vicio que es causa exclusiva de inexistencia y no de anulación dada su gravedad y que afecta a los fundamentos mismos de la Comunidad, a sus bases constitucionales: la incompetencia de la Comunidad, entendiendo como tal el ejercicio por ésta de competencias reservadas a los Estados miembros y que, por tanto, no puede ejercer la Comunidad en virtud de los Tratados¹⁰¹: el caso paradigmático por excelencia lo constituye la STJCE de 10 de diciembre de 1969, Comisión vs. Francia, objeto de examen más adelante¹⁰².

La cuestión de la incompetencia como causa de inexistencia puede ser, desde luego, bastante controvertida si tenemos en cuenta la existencia de

⁹⁴ STJCE de 21 de febrero de 1974, *Roswitha Kortner y otros vs. Consejo*, as. acs. 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137-73, F. 33.

⁹⁵ Vid. STJCE de 10 de diciembre de 1957, *Tubes de la Sarre*, cit., pgs. 220.

⁹⁶ Esta categorización de vicios la realiza LETEMENDIA, M. «Cour de Justice, 26 fevrier 1987. Commentaire». *CDH* 1989, pg. 635.

⁹⁷ Vid. ARZOZ, X. *Concepto y régimen jurídico...*, op. cit., pg. 603.

⁹⁸ ARZOZ, X., op. cit., pg. 601.

⁹⁹ Sobre el núcleo duro de la Unión vid. ALCOCEBA GALLEGU, M. A. «Del acervo comunitario...», op. cit.

¹⁰⁰ ARZOZ, X., op. cit., pg. 601.

¹⁰¹ Coinciden en reconocer este motivo de inexistencia, según la jurisprudencia del TJCE: BERGERES, Ch., op. cit., pg. 657; CAHIER, P. «Commentaire: Cour de justice, 10 décembre 1969». *CDE*, 1970, pg. 580; MATHIJSEN, P., op. cit., pg. 279. Aunque sólo esta idea de incompetencia viene claramente establecida por la jurisprudencia del TJCE como causa de inexistencia, algunos autores se plantean la posibilidad de que otras incompetencias puedan también ser causa de nulidad (Vid. ARZOZ, X., op. cit., pg. 599).

¹⁰² Cit.

competencias compartidas y el principio de subsidiariedad. Hay que diferenciar, no obstante, la simple incompetencia y la incompetencia grave, que es la que causa la inexistencia¹⁰³.

b.3) *Posibilidad de impugnación del acto comunitario fuera de los cauces procesales que reconoce el Derecho positivo*

Sobre la base de indicios de vicio grave y evidente el Tribunal ha aceptado examinar la legalidad de un acto a iniciativa de algún demandante en el curso de un procedimiento principal ante él, aunque el demandante no utilizara el procedimiento previsto por el Tratado para instar dicho control de legalidad. La gravedad del vicio y su evidencia justifican que el Tribunal de Justicia se atribuya la posibilidad de sancionar ciertas irregularidades de actos jurídicos comunitarios mediante mecanismos no previstos por el Derecho positivo¹⁰⁴; de otro modo, estos actos quedarían fuera de su control¹⁰⁵. Concretamente, el TJCE ha realizado el examen de legalidad fuera de los plazos previstos para ello y en el marco de recursos cuyo objeto no era necesariamente un control de la legalidad sino el control del cumplimiento de los Estados miembros del Derecho comunitario. En este sentido la inexistencia del acto puede servir para justificar el ejercicio de la acción, en unos casos, y como mecanismo de defensa, en otros¹⁰⁶.

De entre la jurisprudencia del TJCE dos casos resultan particularmente ilustrativos de lo que acabo de decir: asuntos 6 y 11/69, *Comisión vs. Francia*¹⁰⁷, y el asunto 15/85, *Consortio Cooperative d'Abruzzo*¹⁰⁸.

¹⁰³ MATHIJSEN, P., op. cit., pgs. 279-280; VANDERSANDEN, G.; BARAV, A. op. cit., pg. 265.

¹⁰⁴ Vid. sobre la necesidad de que estas condiciones se reúnan simultáneamente, VAN EMPFEL, M., op. cit. pg. 268.

¹⁰⁵ CAHIER, P., op. cit., pg. 581.

¹⁰⁶ SCHERMERS, H. G.; WAELBROECK, D. F., op. cit., pg. 687.

¹⁰⁷ Cit. En palabras de CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., este caso «ha destapado en la doctrina la caja de Pandora sobre la formulación de la teoría de la inexistencia» (pg. 20). Por otro lado, en palabras de CAHIER, P., «La Cour n'as pas prononcé le terme d'inexistence, mais c'est seulement en faisant appel à cette notion que l'on peut comprendre son raisonnement» (pg. 581). DUBOIS, P., por el contrario, no comparte la opinión de que en esta sentencia el TJCE aplicara la teoría de la inexistencia y considera que lo que hace el TJCE es derogar una interpretación textual del entonces art. 184 TCEE (actual art. 241 TCE) relativo a la excepción de ilegalidad, sobre la base de una exigencia fundamental del orden jurídico comunitario que el Tribunal está obligado a asegurar mediante el respeto del Derecho (Cit., pg. 432). Tampoco LOUIS, J. V. considera que el TJCE consagrara aquí la teoría de la inexistencia, sino que lo que hace el TJCE es *prima facie* controlar la regularidad de la Decisión para evitar pronunciar una Sentencia que constate un incumplimiento de una Decisión contraria a un principio constitucional de Derecho comunitario («Ordre public communautaire et intérêts des États dans la procédure en constatation de manquements». En *Miscellanea W. J. Ganshof...*, op. cit., pg. 231).

¹⁰⁸ Cit. No obstante, la jurisprudencia del TJCE se ha referido a la inexistencia de los actos en Derecho comunitario en otras ocasiones: STJCE de 18 de septiembre de 1986, as. 116/82, *Comisión vs. España*; STJCE de 21 de febrero de 1974, *Roswitha Kortner*, cit.; STJCE de 30 de junio de 1988, *Grecia*, cit.; STJCE de 15 de junio de 1994, *Basf*, cit.; STJCE de 29 de junio de 1995, *España vs. Comisión*, as. C-135/93; STJCE de 8 de julio de 1999, *Montecatini SpA vs. Comisión*, as. C-235/92 P; STJCE 8 de julio de 1999, *Hüls AG vs.*

El primer caso se inició cuando la Comisión interpuso un recurso contra Francia por incumplimiento de una Decisión CECA de 6 de julio de 1968 (As. 6/69) y ese Estado miembro alegó en su defensa que esta Decisión de cuyo incumplimiento se le acusaba vulneraba competencias reservadas a los Estados miembros. A continuación, Francia interpuso un recurso de anulación contra la Decisión de la Comisión en la que se constataba el incumplimiento de la Decisión de 6 de julio de 1968 referida (As. 11/69), alegando también la violación de competencias reservadas a los Estados miembros en ésta. El TJCE, tras agrupar ambos asuntos por considerar que, en gran medida, versaban sobre las mismas cuestiones, consideró que las alegaciones francesas no podían estimarse en cuanto que este Estado miembro podía haber interpuesto perfectamente un recurso de anulación contra la Decisión de 6 de julio de 1968 en el plazo de dos meses prescrito por el entonces art. 173 TCEE y, sin embargo, no lo había hecho¹⁰⁹. No obstante, hecha esta afirmación, y aquí radica la trascendencia de la Sentencia, el TJCE siguió la opinión del Abogado General Roemer según el cual, los vicios que alegaba Francia eran *suficientemente graves* como para analizar la cuestión y, en su caso, declarar nula de pleno derecho la Decisión, sin que pudiera declararse entonces, en su caso, que ese Estado miembro había violado una Decisión, en cuanto que ésta carecería de toda base jurídica en el ordenamiento jurídico comunitario¹¹⁰. Concretamente, el TJCE se pronunció en los términos siguientes, más sutilmente que el Abogado General: «... que sin contestar que ha dejado pasar el plazo, el gobierno de la República francesa, invocando, por una parte, el orden público comunitario y, considerando, de otra parte que un «sometimiento demasiado rígido a las formas (sería) tan contrario al verdadero espíritu comunitario como su negligencia» afirma sin embargo que esta Decisión se habría tomado en un ámbito de competencia exclusiva de los Estados miembros; si esta afirmación estuviera fundada, la Decisión referida carecería de toda base jurídica en el ordenamiento comunitario, y en un procedimiento en el que la Comisión, en interés de la Co-

Comisión, as. C-192/92 P. En particular, el TPI también se ha manifestado al respecto: STPI de 25 de junio de 1991, *Iñigo Valverde Mordú*; STPI de 27 de febrero de 1992, *Basf*, cit.; STPI de 25 de febrero de 2003, *Strabag*, cit.

¹⁰⁹ F. 11. Con esta afirmación, el TJCE se aleja de la utilización de la excepción de ilegalidad cuando los Estados miembros invocan la ilegalidad de un acto en el marco de un recurso por incumplimiento o en el marco de un recurso de anulación contra un acto de ejecución de aquél (Vid. en este sentido CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pgs. 18-19).

¹¹⁰ En opinión del Abogado General Roemer, «Tout au plus conviendrait-il examiner si les griefs que le gouvernement français articule contre ces décisions ne font pas apparaître que, notamment en raison de violation des règles de compétence, ces mesures sont entachées d'un vice d'une gravité telle qu'il faudrait au fond y voir des actes nuls de plein droit, dont il est évidemment permis de ne pas tenir compte même en l'absence d'annulation judiciaire. C'est à cet examen-là que nous allons nous livrer à présent, étant entendu qu'il s'agira, non d'un contrôle approfondi de légalité (dont il ne saurait être question) mais uniquement d'un examen sommaire, axé principalement sur les règles de compétence, auquel nous procéderons pour nous assurer que les décisions ne présentent pas de vices graves et manifestes à cet égard» (Rec. pgs. 551-552).

munidad, persigue un incumplimiento de Estado, esta es una exigencia fundamental del ordenamiento jurídico que el Tribunal debe controlar»¹¹¹. Está claro que el TJCE no rechazó examinar la legalidad de la Decisión de la Comisión de 6 de julio de 1968 aunque, finalmente, no consideró fundada la alegación francesa; si la hubiera considerado fundada, parece evidente que habría aplicado la teoría de la inexistencia a la Decisión de 6 de julio de 1968. Tendríamos, por tanto, un acto de Derecho comunitario cuyo vicio especialmente grave por carecer de base jurídica en el ordenamiento comunitario (la *sustracción* de competencias a los Estados miembros por parte de la Comunidad), tendría como consecuencia la inexistencia de tal acto y, por tanto, la posibilidad de atacar la legalidad del acto para un recurrente que, transcurrido el plazo de dos meses, no está legitimado para ello; cualquier otra manifestación de incompetencia constituiría un vicio menos grave que sólo podría sancionarse por los mecanismos formalmente previstos por el Tratado¹¹².

En el segundo caso, el del *Consortio Cooperativa d'Abruzzo* ya mencionado, el TJCE confirmó definitivamente la incorporación de la teoría de la inexistencia al Derecho comunitario¹¹³. El TJCE señaló que «en lo que se refiere a la inexistencia, hay que destacar que como en los Derechos nacionales de los diferentes Estados miembros, un acto administrativo, incluso irregular, goza, en Derecho comunitario, de una presunción de validez, hasta ser anulado o revocado regularmente por la institución de la que emana. Calificar un acto de inexistente permite constatar, fuera de los plazos de recurso, que este acto no ha producido ningún efecto jurídico. Por razones manifiestas de seguridad jurídica, esta calificación debe reservarse en Derecho comunitario, como en los derechos nacionales que la admiten, a los actos afectados de vicios particularmente graves y evidentes»¹¹⁴.

b.4) *La inexistencia y la protección jurisdiccional de los particulares*

Parece evidente que en estos casos el Tribunal se ha ocupado de desvincular el examen de la legalidad del acto indirectamente impugnado, de la alegación realizada por el recurrente (en cuanto que éste pudo haber utilizado previamente la vía del recurso de anulación y ya no podía instar el control de legalidad)¹¹⁵. Esto, unido a la *excepcionalidad* que ya se ha mencionado, indica que estamos ante una aplicación de la *teoría de la inexistencia, teoría del*

¹¹¹ FJ 12 y 13 (La traducción es mía).

¹¹² CAHIER, P., op. cit., p. 580. En línea con esta STJCE vid. STJCE de 30 de junio de 1988, *Grecia*, cit., F. 14 a 16.

¹¹³ MARCHETTI, B. «L'eccezione di illegittimità nel processo comunitario». *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. 1995, núm. 2, pg. 364; LETEMENDIA, M. «Jurisprudente, Cour de Justice, 26 fevrier 1987». *CDE*. 1989, pg. 634.

¹¹⁴ STJCE de 26 de febrero de 1987, *Cooperativa d'Abruzzo*, cit., Fdto. 10 (La traducción es mía).

¹¹⁵ Vid. en este sentido y en relación con el caso 6 y 11/69: CAHIER, P., op. cit., pg. 579; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pgs. 18-19; VAN EMPPEL, M., op. cit., pg. 280.

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

acto público inexistente o acto nulo de pleno de derecho; es la excepción de nulidad¹¹⁶ o excepción de inexistencia¹¹⁷. No estamos ni ante un recurso de anulación ni ante una excepción de ilegalidad¹¹⁸.

Lo que el Tribunal ha hecho en estos casos es, en realidad, dar a luz un nuevo mecanismo de control de la legalidad comunitaria para sancionar irregularidades muy graves y por ello inadmisibles por el ordenamiento jurídico que, de otro modo, escaparían a control alguno al no ser susceptibles de recurso¹¹⁹. Se trata de evitar que una situación particularmente irregular por su gravedad escape a la sanción debido a la prescripción y rigidez de las vías de recurso¹²⁰. De este modo se colman las lagunas del ordenamiento jurídico al respecto y se corrigen las fatales consecuencias que acarrea el sistema de control de legalidad establecido¹²¹. Esto es lo que justifica que el

¹¹⁶ MATHIJSEN, P., op. cit., pg. 279.

¹¹⁷ ARZOZ, X., op. cit., pg. 602.

¹¹⁸ En palabras de BEBR, G. «The court was clearly acting outside the framework of an annulment action. But neither did the Court view the charge as an exception of illegality (...)» (*Development of judicial control of the European Communities*. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1981, pg. 201). La excepción tiene por objeto evitar que un acto de Derecho comunitario que cuenta con alguno de los defectos a que se refiere el art. 230 TCE pero que no ha sido anulado mediante un recurso de anulación, desprenda sus efectos. En virtud del art. 241 TCE, están legitimadas en la excepción de ilegalidad, *cualquiera de las partes de un litigio* en el que se cuestionen determinados actos de Derecho comunitario. No obstante, conviene al respecto introducir un matiz de la propia jurisprudencia del TJCE: la legitimación activa en la excepción de legalidad está condicionada a que no se produzca una ampliación encubierta del plazo de dos meses para interponer un recurso de anulación; lo contrario significaría una quiebra de la seguridad jurídica, pues tales actos podrían no ser aplicados en cualquier momento. Como consecuencia: 1.- los particulares sólo pueden impugnar, en el marco de un litigio principal ante el Tribunal de Justicia o el TPI, actos de Derecho derivado inválidos por los motivos del art. 230 TCE, siempre que no hayan sido recurridos previamente por ellos en anulación por no cumplir las condiciones necesarias al efecto (no ser destinatarios o no estar afectados directa e individualmente o sólo individualmente, según el acto), aunque sólo sea de forma aparente (no se ha exigido a los demandantes demostrar que carecían de la legitimidad necesaria para plantear el recurso de anulación: Vid., por ejemplo, STJCE de 9 de mayo de 1991, *Nakajima All precision Co. vs. Consejo*, as. C-69/89, pgs. 2069-2204, especialmente pg. 2172 y ss.; STJCE de 10 de marzo de 1992, *NMB Deutschland y otros vs. Comisión*, as. C-188/88, pgs. 1727, F. 15). O, sencillamente sin que pueda conocerse con certeza *a priori* en qué medida estarían afectados por tales actos (Vid. STPI de 17 de junio de 1999, *Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses (ARAP) y otros v. Comisión*, as. T-82/96). 2.- los Estados miembros y las instituciones no tienen legitimación activa para plantear una excepción de ilegalidad. Ello porque tanto instituciones como Estados miembros pueden presentar un recurso de anulación contra cualquier acto de derecho derivado de la Unión en el plazo de dos meses desde la publicación de dicho acto, desde su notificación o, en su falta, desde que tuvieron conocimiento de ello. Así lo ha manifestado el TJCE en varias ocasiones (Vid. STJCE de 29 de junio de 1995, *España vs. Comisión*, as. C-135/93, pgs. 1673-1685, F. 17; vid. también, por ejemplo STJCE de 30 de junio de 1988, *Grecia*, cit., F. 13 y 14).

¹¹⁹ BOULOIS, J., op. cit., pg. 314; CAHIER, P. op. cit., pg. 581; VAN EMPEL, M., op. cit., pg. 273.

¹²⁰ Vid. BERGERES, M. Ch., op. cit., pg. 406.

¹²¹ VAN EMPEL, M., op. cit., pg. 281.

Tribunal se aparte del Derecho positivo, alcance un resultado distinto del prescrito por éste¹²² y opte por la legalidad en lugar de optar por la seguridad jurídica.

Conviene subrayar, de nuevo, que la inexistencia se utiliza únicamente de manera excepcional puesto que debe tratarse de vicios *especialmente graves y evidentes*. Precisamente por eso, porque el vicio grave es algo más que un simple vicio de legalidad, que puede afectar a los propios fundamentos de la Unión, a sus bases constitucionales¹²³, no tiene sentido que el razonamiento del Tribunal y la calificación de un acto comunitario como inexistente sólo sea aplicable cuando son los Estados miembros o las instituciones los que alegan la inexistencia de tal acto en virtud de un vicio grave y evidente. Estaría plenamente justificado y sería absolutamente coherente con ello, permitir a los particulares invocar la inexistencia de un acto ante el TJCE¹²⁴, incluso aunque no estuvieran legitimados para interponer un recurso de anulación por no estar afectados directa e individualmente tal y como el TJCE entiende estas condiciones. No se justificaría, en mi opinión, la restricción para los particulares frente a la vía abierta para las instituciones y los Estados miembros *en cualquier momento* ante un vicio de tales características. Si la gravedad y evidencia de los vicios justifica el control de la legalidad a iniciativa de demandantes cuyo plazo para la interposición del recurso se ha visto superada, tanto más lógico parece que se permita el ejercicio del control de legalidad en estos casos a aquellos que no pudieran recurrirlo directamente de otro modo y que, sin embargo, se ven afectados por él, aunque no sea de manera directa e individual.

Los particulares, con esta posibilidad, podrían acudir directamente al Tribunal, invocando la inexistencia del acto de que se trate¹²⁵. Aunque no estuvieran legitimados para interponer el recurso de anulación por no estar directa e individualmente afectados tal y como el TJCE lo entiende, la existencia de indicios suficientes sobre la existencia de un vicio grave y evidente en dicho acto, llevaría al Tribunal a examinar la legalidad de ese acto.

No hay razón para temer una avalancha de recursos habida cuenta de las restricciones del TJCE respecto de las condiciones necesarias para declarar la inexistencia de un acto¹²⁶.

Con esta posibilidad la teoría de la inexistencia tendría una función más en Derecho comunitario plenamente coherente con su desarrollo hasta ahora

¹²² ARZOZ, X., op. cit., pg. 588.

¹²³ ARZOZ, X., op. cit., pg. 601.

¹²⁴ BRINKHORST, L. J.; VEROUSTRATE, I. M. consideran que una posibilidad de este tipo sería bienvenida aunque no creen que el TJCE llegara a utilizarla dado el estado de la jurisprudencia («Case Law. Comisión vs. French. Cases 6 and 11/69. Decision of December 10, 1969». *CMLR* 1970, 485).

¹²⁵ En la mayoría de las ocasiones la teoría de la inexistencia se pone en marcha en el marco de otro procedimiento en curso ante el TJCE, pero no existe justificación para impedir que se ponga en marcha directamente mediante un recurso de anulación.

¹²⁶ Vid. ARZOZ, X., op. cit., pg. 601.

y con la función que esta teoría desarrolla en los Derechos internos de los Estados: atenuar la tutela judicial insuficiente de los particulares¹²⁷. El TJCE admitiría así los recursos interpuestos por particulares contra un acto inexistente¹²⁸, aunque éstos no fueran directa e individualmente afectados por él tal y como el Tribunal entiende estos conceptos. Una posibilidad de este tipo no es nada desdeñable¹²⁹, la seguridad jurídica no se vería afectada más de lo que puede estarlo actualmente y los particulares verían afianzado su derecho a la tutela judicial efectiva, y el Estado de Derecho en la Unión se vería fortalecido.

c) La inexistencia del Reglamento 864/2004

El Reglamento 864/2004 constituye un excelente ejemplo para aplicar lo que he expuesto hasta este momento.

Este Reglamento, como ya se habrá deducido de lo comentado anteriormente, cuenta con las condiciones necesarias para ser declarado inexistente: adolece de vicios graves y evidentes. El Consejo, tal y como he dicho con anterioridad, ha dado a luz un acto de Derecho derivado, el Reglamento 864/2004, mediante el que revisa el Protocolo núm. 4 anejo al Tratado, que es Derecho originario, cuestión esta que es competencia exclusiva de los Estados miembros. Sólo los Estados miembros tienen competencia para realizar un acto de este tipo.

Por tanto, en caso de que el Gobierno español hubiera decidido no recurrir el acto, las Organizaciones Agrarias UPA, COAG y ASAJA habrían podido instar al TJCE el control de la legalidad del acto por considerar que adolece de un vicio grave y evidente que es causa de inexistencia: la revisión del Derecho originario por el Derecho derivado.

VI. OTRA POSIBLE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

Tal y como hemos visto hasta ahora, la teoría de la inexistencia se aplica únicamente a los actos de Derecho derivado. No obstante, hay quien ha visto en esta teoría una puerta abierta al control de las revisiones de los Tratados de la Unión que, aunque realizadas mediante el procedimiento previsto para ello, no respetan los límites materiales a su revisión¹³⁰. La cuestión está lejos de ser baladí y meramente teórica. De un lado, afecta directamente al núcleo mismo de los Estados miembros, a su soberanía; de otro

¹²⁷ ARZOZ, X., op. cit., pg. 582.

¹²⁸ BERGERES, M. Ch., op. cit., pg. 415. Nota al pie núm. 74.

¹²⁹ BERGERES, Ch., op. cit., pg. 667.

¹³⁰ CATTABRIGA, Ch. «Limiti materiali alla revisione comunitaria: il caso dei portocolli allegati al Trattato di Maastricht». *Revista di Diritto Europeo*. 1994, núm. 2, Aprile-Giugno, pg. 266. Evidentemente, esta posible aplicación implica una idea previa: la existencia de límites materiales a la revisión de los Tratados. Vid. sobre esta cuestión ALCOCEBA GALLEGÓ, M. A. *Fragmentación y diversidad en la construcción europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

lado, afecta directamente a la construcción europea, a su futuro, a la posibilidad de mantener y profundizar el particular proceso de integración iniciado hace ya medio siglo en Europa y cuyas peculiaridades han sido a menudo objeto de discordia y enfrentamiento entre las instituciones de la Unión y los Estados miembros y entre estos mismos.

La existencia de límites materiales a la revisión del Tratado implica que el poder de revisión del Tratado no es un poder libre, originario y constituyente, sino constituido y regulado por el propio Tratado, incapaz por ello de negar los fundamentos mismos del ordenamiento que lo instituye. La posibilidad de controlar los actos de revisión del Tratado y, más concretamente, la posibilidad de que el propio Derecho de la Unión cuente con mecanismos que permitan controlar si la actuación de los Estados miembros en la revisión del Tratado respeta o no tales límites, convertiría el sistema de Derecho de la Unión en un perfecto *self-contained regime*¹³¹.

Partiendo de estas premisas (la existencia de límites materiales a la revisión del Tratado y la consideración de que un acto de revisión de estos Tratados es expresión de un poder constituido [no constituyente]), un acto de revisión que atentara contra el acervo esencial de la Unión no cumpliría con las condiciones mínimas para su reconocimiento como parte del sistema y, por tanto, sería inexistente¹³². La Sentencia del TJCE en el caso *Defrenne*¹³³ sirve como apoyo de esta opinión: en esta ocasión el TJCE se habría inspirado en la teoría de la inexistencia de los actos en Derecho comunitario para no dar relevancia jurídica ninguna a una resolución de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo por la que se pretendía revisar el Tratado comunitario; el TJCE afirmó que el Tratado sólo podía revisarse por los procedimientos expresamente previstos al efecto. De este modo, el TJCE habría contribuido a calificar los actos de revisión como expresión de un poder constituido¹³⁴. No existirían, en principio, obstáculos para aplicar la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos comunitarios al ámbito de la revisión de los Tratados. Esto haría del sistema jurídico comunitario un sistema jurídico perfecto, con un elemento más de constitucionalización.

Es cierto que una revisión de los Tratados realizada sin respetar su acervo esencial no contendría los elementos básicos que permitirían considerar su pertenencia al ordenamiento jurídico comunitario. No obstante, la posibilidad apuntada merece una observación importante que permite dudar de su aplicabilidad en los casos de revisión de los Tratados: si bien es cierto que el vicio sería grave, no lo es tanto que fuera evidente, en cuanto que la composición del *acervo comunitario esencial*, la *composición exacta del núcleo duro*

¹³¹ Vid. SIMMA, B. «Self-contained regimes ». *Netherlands Yearbook of International Law*. 1985, pgs. 111-136.

¹³² CATTABRIGA, Ch., *Ibíd.*

¹³³ STJCE de 8 de abril de 1976, *Gabrielle Defrenne*, *cit.*

¹³⁴ CATTABRIGA, Ch., *Ibíd.*

LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COMUNITARIO COMO...

del Derecho de la Unión es controvertida y obedece más a una elaboración doctrinal que jurisprudencial o normativa.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La teoría de la inexistencia en Derecho comunitario puede contribuir a colmar una de las lagunas más importantes de las que adolece el Derecho de la Unión Europea: la insuficiente tutela judicial efectiva de los particulares (personas físicas y jurídicas) en el interior del sistema jurídico de la Unión. No obstante, esta posibilidad debe administrarse con prudencia, tal y como exige la configuración de la inexistencia en la jurisprudencia del TJCE, reservándose exclusivamente para los casos de vicios especialmente graves y evidentes. El Reglamento 864/2004 constituye un ejemplo perfectamente válido para aplicar la teoría de la inexistencia.

Por otro lado, merece destacarse que no deja de resultar paradójico que, a pesar de la existencia de este Reglamento, cuya incompatibilidad con el Derecho originario es manifiesta en mi opinión, el art. 22 del Protocolo 8 anejo al Tratado Constitucional, relativo a los Tratados y Actas de Adhesión de distintos Estados miembros, recoja lo esencial del texto del Protocolo núm. 4 anejo al Acta de Adhesión de Grecia sobre las ayudas al algodón. Esto significaría, en aplicación del art. III-437.2 de la Constitución, que las disposiciones de este Protocolo sobre el algodón seguirían siendo de aplicación y conservarían sus efectos jurídicos si la Constitución entrara en vigor algún día... Desde luego, no resulta muy coherente (incluso esquizofrénico, me atrevería a decir) teniendo en cuenta que la elaboración del Reglamento 864/2004 es obra del Consejo, institución donde aparecen representados los intereses de los Estados miembros, y que el Tratado Constitucional es obra de los propios Estados miembros...

En cualquier caso, y al margen de esto, hay que esperar el pronunciamiento del Tribunal sobre el recurso de anulación presentado por España.