

Res judicata pro veritate habetur c.
primacía del derecho
comunitario: ¿un combate por
librar?

(A propósito de la Sentencia del Tribunal de
Justicia de 18 de julio de 2007, asunto C-119/05,
Lucchini)

Pablo J. Martín Rodríguez

Profesor Titular de Derecho Internacional Público.
Universidad de Granada

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. LOS HECHOS DETERMINANTES DE PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL
 2. RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
 3. UN ENCAJE COMPLICADO PARA LA JURISPRUDENCIA LUCCHINI—3.1. *El marco de comprensión histórico jurisprudencial: la saga Kühne*—3.2. *El marco de comprensión funcional: el régimen de recuperación de ayudas de Estado ilegales*—3.3. *El marco de comprensión natural o posible: el régimen de responsabilidad del Estado (—juez) por violación del Derecho comunitario*—3.4. *El marco de comprensión literal: competencias exclusivas de la Comisión y primacía desnuda del Derecho comunitario*
 4. UN MARCO DE COMPRENSIÓN POTENCIAL: LOS LÍMITES A LA COSA JUZGADA EN EL SISTEMA EUROPEO DE COOPERACIÓN JUDICIAL
-

INTRODUCCIÓN

El suelo se tambalea bajo los pies de la firmeza de los actos jurídicos nacionales que infringen el Derecho comunitario, bien sean judiciales, bien administrativos. Desde hace unos pocos años ése parece ser justo el campo donde la primacía de las normas comunitarias está produciendo sus últimos desarrollos y librando una, poca duda cabe, dura batalla jurídica, acaso no del todo incruenta. En este contexto, el pasado 18 de julio, con ocasión de un asunto de ayudas siderúrgicas, el Tribunal de Justicia podría, a juicio de algunos, haber cruzado el Rubicón dando un respaldo en términos inequívocos a la primacía del Derecho comunitario sobre la inatacabilidad de los actos jurídicos firmes contrarios a él. En efecto, en este pronunciamiento, el Tribunal obliga a la recuperación de una ayuda otorgada a la empresa Lucchini en contravención del Derecho comunitario, pero amparada en una sentencia con fuerza de cosa juzgada dictada por la *Corte d'appello di Roma*¹.

Dos razones vendrían en auxilio de quienes interpretan esta Sentencia del Tribunal de Justicia como la consagración definitiva de la fuerza removiente de la primacía frente a actos jurídicos firmes contrarios al Derecho comunitario: en primer lugar, el acto interno afectado es una sentencia judicial firme, lo que implica su aplicación al supuesto en teoría más delicado, por estar protegido el acto nacional por la autoridad de cosa juzgada y, en segundo lugar, el Tribunal no construye un razonamiento alambicado que sujete esta solución a unos requisitos estrictos o particularísimos; antes bien, su razonamiento parece limpio e inespecífico.

A mi modo de ver, es menester, sin embargo, precaverse de una lectura precipitada de esta sentencia, por otra parte, de trascendencia jurídica indiscutible, procediendo con la circunspección a la que invitan lo excepcional del caso, lo incierto aún del terreno y la magnitud de lo discutido. Acaso, en un análisis más detenido, se observa que el pronunciamiento *Lucchini* tiene un encuadre bastante más complejo y que resulta difícil comprenderlo como mera continuación de antecedentes jurisprudenciales previos o como una aplicación apromblemática del régimen de devolución de ayudas de Estado. No cuadra mucho más, tengo la impresión, con el que debiera ser su marco jurídico natural (o al menos posible): la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario o con el que aparentemente dice ser el Tribunal de Justicia, en una lectura literal de la sentencia. Queda por ver si, a pesar de ello, existe un marco de comprensión potencial donde la

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2007, C-119/05, *Lucchini Siderurgica SpA*, aún no publicada en la Recopilación, apdo. 64, citada en adelante como sentencia *Lucchini*.

Sentencia *Lucchini* podría cobrar mayor sentido. Estas son las cuestiones que se analizarán a continuación, una vez que se haya dado cuenta de los hechos que generan el reenvío prejudicial y del razonamiento jurídico del Tribunal de Justicia.

1. LOS HECHOS DETERMINANTES DE PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL

Los hechos que dan lugar a este reenvío prejudicial no revisten demasiada complejidad, lo que no obsta a que se trate de un supuesto insólito. En el origen se encuentra la disparidad entre las regulaciones sobre ayudas de Estado comunitaria (el llamado Tercer Código CECA² e italiana (la Ley núm. 183/1976 sobre intervención extraordinaria en el *Mezzogiorno*). Mientras que la norma comunitaria posibilitaba ciertas ayudas a empresas siderúrgicas destinadas a adaptarse a nuevas normas de protección medioambiental con un límite del 15% del proyecto³, la normativa nacional era más generosa ascendiendo hasta el 30% y con posibilidad de bonificaciones en el interés de los créditos solicitados.

Apoyándose en la Ley 183/1976, la empresa siderúrgica *Lucchini* solicita en noviembre de 1985 una subvención por el montante máximo del 30%, así como una bonificación de intereses sobre un préstamo, que es autorizada por la entidad de crédito encargada. Las autoridades italianas, aunque sí comunicaron en abril de 1988 a la Comisión el proyecto de concesión de ayuda con fines de protección medioambiental, no respondieron a los requerimientos que ésta les hizo de información más detallada a fin de analizar su compatibilidad con el mercado común.

Ante la cercana terminación del plazo para la concesión de ayudas posibilitado por el Tercer Código, las autoridades italianas conceden, de forma provisional y a reserva de su aprobación por la Comisión, una ayuda de cuantía inferior a la solicitada que se ajustaba al porcentaje máximo permi-

² Se trata de la Decisión de la Comisión 3484/85/CECA, de 27 de noviembre de 1985, por la que se establecen normas comunitarias para las ayudas a la siderurgia (*EE*, Cap. 8, Tomo 3 pg. 31). Los códigos sobre ayudas siderúrgicas se han configurado, desde los ochenta, como una excepción al régimen más estricto de prohibición de ayudas contenido en el artículo 4 del Tratado CECA. El contenido del régimen venía a alinearlos con el sistema de control previo existente en el TCE (sobre estas ayudas, *vid.*: J.-P. KEPPENE: *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1999, pgs. 541-ss., en especial 558-570).

³ Sobre la evolución de las ayudas de Estado para la protección del medio ambiente tendente a evitar la «progresiva publicación de la adaptación ecológica de las industrias», véase B.-F. MACERA, Y. FERNÁNDEZ GARCÍA: «El nuevo régimen jurídico-comunitario de las ayudas estatales a favor del medio ambiente», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 219, 2003, pgs. 75-84 y M. L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: «Las ayudas estatales a favor del medio ambiente en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 268, 2007, pgs. 67-82; así como el completo vademécum que mantiene la Comisión en su portal (http://ec.europa.eu/policies/index_es.htm).

tido en las normas comunitarias (el 15% del proyecto, excluyendo toda bonificación de intereses adicional). Sin embargo, la falta de información suministrada a la Comisión hace que ésta incoe y tramite durante 1989 el procedimiento tendente a la declaración de incompatibilidad de la ayuda con el Tercer Código, procedimiento que culmina en la pertinente Decisión el 20 de junio de 1990 (Decisión 90/555/CECA).⁴

Hasta aquí poco de raro hay, lo particular del supuesto arranca de que, durante la tramitación del procedimiento, la empresa Lucchini se dirige a los tribunales italianos (*Tribunale penale e civile di Roma*) exigiendo el pago de la totalidad de la subvención solicitada en virtud de la norma nacional, es decir, de la Ley 138/76. De forma no poco sorprendente por más que no se alegara en el proceso ninguna de las normas comunitarias pertinentes (incluida la Decisión de la Comisión), el tribunal de primera instancia falla a favor de Lucchini por sentencia de 24 de julio de 1991, obligando a las autoridades italianas a abonar la ayuda íntegra.

Contra esta sentencia se recurre en apelación ante la *Corte d'appello di Roma* que, a pesar de que esta vez la Administración italiana sí alude (aunque mal) al Derecho comunitario, confirma la sentencia de 1ª instancia. En un rosario de despropósitos, la *Avvocatura Generale dello Stato* entiende la sentencia ajustada a Derecho y no interpone recurso de casación, por lo que la sentencia deviene firme en febrero de 1995⁵.

La empresa, ante el impago, se ve obligada a instar la ejecución forzosa, lo que impele al Ministerio de Industria italiano (*Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato*) a acordar la concesión de la subvención con el correspondiente abono de intereses de demora mediante el Decreto núm. 17975 de 8 de marzo de 1996.

El pago de la ayuda que había sido declarada incompatible por la Comisión desencadena un intercambio de comunicaciones con las autoridades italianas que termina el 16 de septiembre de 1996 con un escrito de la Comisión instando a la recuperación de la ayuda en un plazo de 15 días⁶. De conformi-

⁴ El párrafo 2º del artículo 1 de la Decisión preceptuaba que «Las ayudas previstas por las autoridades italianas en favor de la Acería de Siderpotenza [antecesora de Lucchini], consistentes en un préstamo bonificado de 1.020 millones de liras italianas, con un plazo de nueve años y un tipo de interés del 4,25%, y en una subvención de 765 millones de liras italianas son incompatibles con el mercado común y no deben concederse» (Decisión de la Comisión 90/555/CECA, de 20 de junio de 1990, relativa a las ayudas que las autoridades italianas tienen previsto conceder a las Acerías del Tirreno y Siderpotenza [nº 195/88-nº 200/88], DOL 314, de 14.11.1990, pgs. 17-18). El preámbulo de la Decisión justificaba la declaración de incompatibilidad en la falta de información por las autoridades italianas del cumplimiento de los requisitos del Tercer Código, en particular que la ayuda se concedía por inversión para adaptarse a nuevas normas de protección medioambiental y que no superaba el techo máximo del 15%, pues según los cálculos de la Comisión, éste ascendía al 43,42%.

⁵ Sentencia *Lucchini*, apdo. 29. Merece destacarse la claridad con la que la sentencia relata los hechos del litigio principal.

⁶ Sentencia *Lucchini*, apdos. 32-34.

dad con lo indicado por la Comisión, cuatro días más tarde el Ministerio italiano por Decreto núm. 20357 revoca el anterior Decreto y ordena a Lucchini el reembolso de la cantidad entregada.

Lucchini contesta el Decreto de recuperación ante el *Tribunale amministrativo regionale del Lazio* que dicta sentencia en abril de 1999. En ella, el tribunal señala que la capacidad de la Administración para revisar de oficio sus propios actos tachados de ilegalidad queda excluida en el caso de autos por encontrarse ese derecho dispuesto en una sentencia firme con fuerza de cosa juzgada. La Abogacía del Estado recurre esta sentencia ante el *Consiglio di Stato* que será el órgano judicial *a quo* en el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

El *Consiglio di Stato* constata la contradicción entre la Decisión de la Comisión de 1991 y el escrito posterior de 1996, por un lado, y la sentencia de la *Corte d'appello di Roma* de 1994 cuya firmeza resulta incuestionable, por otro. Así, se dirige al Tribunal de Justicia preguntándole si la primacía del Derecho comunitario obliga a recuperar una ayuda pese a la existencia de una sentencia con efecto de cosa juzgada, o si bien debe considerarse que, en atención a la remisión que el principio de autonomía procedimental hace al Derecho nacional, la recuperación de la ayuda es jurídicamente imposible en el sentido fijado en el régimen comunitario de ayudas de Estado.

2. RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El supuesto de hecho, como se ve, es tremendamente espinoso y parecería lógico que el Tribunal hubiera procedido con extremada delicadeza, justificando, si no profusamente, al menos con largueza por qué en el caso concreto la primacía del Derecho comunitario debía llegar más allá y prevalecer sobre uno de los componentes nucleares de la seguridad jurídica que encarna la protección de la autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, quien espere encontrar una suerte de *rule of reason*, de fino balance de bienes jurídicos o de razonada ponderación de valores esenciales en un caso de antinomia entre principios generales básicos del ordenamiento jurídico comunitario quedará defraudado.

El Tribunal, probablemente consciente no sólo de que esa vía estaba plagada de cepos, sino de que en sí misma era una trampa, se aferra con decisión a una de las líneas apuntadas por el Abogado General Geelhoed en sus Conclusiones y resuelve el caso con un esquema de razonamiento técnico, incluso aséptico.

La auténtica clave del razonamiento del Tribunal se encuentra en un párrafo de una literalidad casi anodina. En su apartado 49, el Tribunal afirma: «En este contexto, es necesario recordar, con carácter preliminar, que en el ordenamiento jurídico comunitario, las competencias de los órganos ju-

jurisdiccionales nacionales están limitadas tanto en el ámbito de las ayudas de Estado como en lo que se refiere a la anulación de los actos comunitarios»⁷.

En efecto, Luxemburgo motiva de la siguiente manera: aunque ante los jueces internos puedan suscitarse litigios en los que estos deban interpretar y aplicar el régimen de ayudas de Estado⁸, «por el contrario, los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para pronunciarse sobre la compatibilidad de una ayuda de Estado con el mercado común» (apdo. 51). Esa apreciación es «competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control del juez comunitario» (apdo. 52).

Prosigue la argumentación del Tribunal conjurando toda posibilidad de discutir la validez de la Decisión de la Comisión 90/555/CECA que declaraba la ayuda contraria al Tercer Código. Tratándose de un acto comunitario, los jueces nacionales carecen de competencia para anularla y, por su parte, Lucchini no la impugnó ante la jurisdicción comunitaria (el Tribunal de Primera Instancia hubiese sido el competente) en el plazo de un mes previsto en el artículo 33 del TCECA, lo que, siguiendo jurisprudencia ya establecida, impide que pueda contestar la legalidad de la Decisión con ocasión de las medidas nacionales de ejecución excitando el planteamiento de una cuestión prejudicial de apreciación de validez o sugiriendo, a título subsidiario, que lo aprecie de oficio el Tribunal de Justicia en este momento⁹.

Aplicándolo al procedimiento principal, recapitula el juez comunitario en el apartado 57: ninguno de los dos tribunales internos italianos era compe-

⁷ Este párrafo es el que explica el esqueleto del razonamiento del Tribunal, jalonado en las competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales en materia de ayudas de Estado (apdos. 50-52), las competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales en lo que se refiere a la anulación de actos comunitarios (apdos. 53-56), la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en el asunto principal (apdos. 57-58) y sobre la aplicación del artículo 2909 del Código civil italiano (apdos. 59-63).

⁸ El Tribunal ofrece como ejemplo la determinación de si una medida estatal adoptada sin observar el procedimiento de control previo del artículo 88 TCE debe o no someterse a dicho procedimiento o al del artículo 6 del Tercer Código CECA (Sentencia *Lucchini*, apdo. 50).

⁹ Sentencia *Lucchini*, apdos. 53-56. Se trata de una jurisprudencia que, no por asentada, resulta menos problemática. Véase, C. MARTÍNEZ-CAPDEVILA: «El recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad: ¿vías complementarias o alternativas?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005, pgs. 135-174 (y más recientemente en *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pgs. 451-473). Es de lamentar que el Tribunal de Justicia no se extienda sobre la anómala excepción de ilegalidad, planteada por la empresa Lucchini en el procedimiento prejudicial. Esto quizá lo hubiera obligado a detenerse en la naturaleza del procedimiento prejudicial y matizar una jurisprudencia que, formalmente apoyada en el efecto útil de plazos procesales preclusivos en un recurso, termina por consagrar la ilegalidad y restringir el alcance de la potestad jurisdiccional, incluso con respecto a normas de alcance general. Es cierto que respecto de actos individuales, como el que aquí tratamos, la alternativa no es tan criticable, sin embargo, conviene reflexionar por la consideración de destinatario a efectos de restringir los medios de impugnación procesal de un acto que emana de un procedimiento donde se carece de la consideración de parte (exclusivamente reconocida al Estado).

tente para declarar compatible con el mercado común la ayuda solicitada por Lucchini o para anular la Decisión de la Comisión que la declaraba incompatible.

Por un momento, el razonamiento parece contradecirse, pues inmediatamente después el TJ constata o admite que ni el *Tribunale civile e penale* ni la *Corte d'appello* de Roma hicieron un pronunciamiento expreso en el sentido de declarar la compatibilidad con el mercado común de la ayuda a Lucchini. La contradicción es sólo aparente y la explicación de estos dos párrafos más bien enigmáticos está en el último tramo de la motivación de la sentencia donde se afronta la cuestión del efecto de cosa juzgada previsto en el artículo 2909 del Código civil italiano.

El Tribunal de Justicia se encuentra vinculado a la interpretación del Derecho nacional dada por el juez *a quo* en los procedimientos prejudiciales, por lo que en su apartado 59 el Tribunal, señala que, según la interpretación ofrecida por el *Consiglio di Stato*, esa disposición del Código civil precluye un segundo procedimiento sobre el mismo objeto, incluso aunque se abordaran cuestiones diferentes que no fueron suscitadas en el primer proceso. Afirma el Tribunal «Tal interpretación de esta disposición puede, en particular, tener como consecuencia que se atribuyan efectos a una decisión de un órgano jurisdiccional nacional que excedan los límites de la competencia del órgano jurisdiccional en cuestión, tal como éstos se derivan del Derecho comunitario». Por ello, tal como indicaba el *Consiglio di Stato*, esa disposición, así interpretada, impediría la aplicación del Derecho comunitario, al hacer imposible la recuperación de la ayuda otorgada en contra del Derecho comunitario (apdo. 59).

La mención de la ausencia de pronunciamiento expreso en las sentencias de los órganos judiciales civiles romanos sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario (apdo. 58), las referencias repetidas a la interpretación dada al artículo 2909 (apdo. 59) y la alusión a una decisión de un órgano jurisdiccional carente de competencia (apdos. 57 y 59), cobran sentido cuando el Tribunal recuerda, con una formulación inusual, que «corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar las disposiciones del Derecho nacional, en la medida de lo posible, de forma que puedan recibir una aplicación que contribuya a la ejecución del Derecho comunitario» (apdo. 60). En mi opinión, está claramente ofreciendo al *Consiglio di Stato* la posibilidad de interpretar que en el caso de autos no se ha consumado el efecto de cosa juzgada.

De todas formas, para despejar cualquier duda eventual, con pulcritud el Tribunal de Justicia afirma la obligación genérica que, en virtud de la primacía del Derecho comunitario, pesa sobre todo órgano jurisdiccional nacional de garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias, dejando inaplicadas en caso de necesidad y por su propia iniciativa cualquier disposición contraria de la legislación nacional. Así ocurre con la regla que otorga competencia exclusiva de la Comisión para apreciar, bajo el control del juez comunitario, la compatibilidad con el mercado común de las ayudas

de Estado, y que se impone en el ordenamiento interno en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario (apdo. 62).

En consecuencia, el dispositivo de la sentencia (si esta expresión tiene sentido en el reenvío prejudicial)¹⁰ declara que «El Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano (codice civile), cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas».

3. UN ENCAJE COMPLICADO PARA LA JURISPRUDENCIA *LUCCHINI*

Incluso un lector poco avisado del patio jurisprudencial comunitario verá de primeras la trascendencia de la sentencia dictada en el asunto C-119/05. Es cierto, la sentencia *Lucchini* reviste, en sí, una relevancia capital. Sin embargo, a mi juicio, la centralidad del pronunciamiento, su auténtico alcance, no se percibe hasta que no se atiende a lo que no dice, es decir, a sus silencios. El verdadero meollo está en lo que el Tribunal evita intencionadamente en su razonamiento y esto sí es más fácil que escape al lector inadvertido.

Una remisión a las Conclusiones del Abogado general permite atisbar que el asunto no era tan sencillo como el tenor de la Sentencia podría dar a entender. Es cierto que el Abogado general dedica buena parte de sus reflexiones a deslindar las competencias de Comisión y jueces nacionales en la materia y que hace de ello la espina dorsal de su enfoque, pero no lo es menos que no se queda ahí: además trata otras cuestiones que no son siquiera aludidas en la argumentación del Tribunal. En efecto, el Sr. L. A. Geelhoed se detiene en antecedentes jurisdiccionales poco claros sobre la revisión de actos jurídicos firmes (sentencias incluidas) y menciona de igual manera la jurisprudencia *Köbler* sobre responsabilidad del Estado, así como ciertos errores de las autoridades italianas. No elude en el análisis del régimen de ayudas de Estado, la imbricación con el principio de autonomía

¹⁰ No nos detendremos acerca de los efectos de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia, de alcance discutido desde su jurisprudencia *Da Costa*, más vinculados a la autoridad de «cosa interpretada» que a la «cosa juzgada», pero con efectos *erga omnes* y retroactivos, salvo rara sentencia prospectiva del TJ. Sobre esta cuestión, puede consultarse M. WAELBROECK: «Article 177», en *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, Editions de l'ULB, Bruselas, 1991, pgs. 260-ss.; R. KOVAR: «Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité», *Juris-Classeur Europe*, fasc. 362, pgs. 1-7; M. CIENFUEGOS MATEO: *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Bosch, Barcelona, 199, pgs. 25-273. A contrario, vid. E. COBREROS MENDAZONA: «Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 4, 2002, pgs. 631-647.

procesal, como tampoco evita las cuestiones de calado más principal relativas a la seguridad jurídica, la autoridad de cosa juzgada o el derecho a la tutela judicial¹¹.

¿Dónde está o, mejor dicho, por qué no está todo esto en el razonamiento del Tribunal de Justicia? Se podría pensar en un olvido o en que, resuelta la cuestión de la competencia, el resto sólo vendría *ad abundantiam* y el Tribunal de Luxemburgo lo ha considerado accesorio. No comparto esta teoría, más bien creo que una divergencia de tal calibre sobre los puntos jurídicos relevantes en relación con las Conclusiones del Abogado general, cuando el resultado final es convergente, si bien no idéntico¹², obliga a examinar el asunto de cerca y encontrarle un mejor encaje.

Varias son las posibilidades que se nos ofrecen a la hora de encuadrar esta innovadora jurisprudencia. Por de pronto, conviene situar el asunto *Lucchini* dentro de tres diferentes contextos o marcos de comprensión: primero, dentro de la jurisprudencia previa relativa a la revisión de actos firmes (marco de comprensión histórico); segundo, en su hábitat natural que es el régimen de recuperación de ayudas incompatibles (marco de comprensión funcional) y en lo que parecería ser un enfoque intuitivo o al menos posible: la responsabilidad del Estado por una violación que tiene origen en un acto judicial (marco de comprensión posible). Analizados estos tres marcos de comprensión, creo oportuno volverse al tenor literal de la sentencia con el fin de determinar hasta qué punto, por exceso o por defecto, cabe separarse de ese marco de comprensión literal o aparente. Concluirá este estudio con el marco de comprensión potencial, donde, en mi parecer, debe cobrar sentido la jurisprudencia *Lucchini*.

¹¹ El análisis del Abogado general L. A. Geelhoed se extiende desde el punto 36 al 86, dedicando sólo del 49 al 53 en un sentido estricto a la distribución de competencias entre la Comisión y los jueces nacionales en relación a la declaración de compatibilidad de las ayudas con el mercado común (Conclusiones presentadas el 14 de septiembre de 2006 en el asunto en que recayó sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2007, C-119/05, *Lucchini Siderurgica SpA*, aún no publicada en la Recopilación (citadas en adelante como Conclusiones *Lucchini*).

¹² El Abogado general propone una solución similar aunque su tenor está más vinculado a la solución que se debe dar al conflicto entre cosa juzgada de una sentencia nacional y competencias de la Comisión en materia de ayudas: «la fuerza de cosa juzgada de una resolución dictada por un juez civil nacional, por la que se ordena a una autoridad nacional el pago de una ayuda de Estado otorgada por ésta, no puede impedir el ejercicio de las competencias atribuidas a la Comisión por los artículos 87 CE y 88 CE. Por tanto, un órgano jurisdiccional nacional, al pronunciarse sobre la legalidad de una decisión adoptada por una autoridad nacional para la ejecución de una decisión de la Comisión por la que se exige la recuperación de una ayuda concedida ilegalmente, está obligado a no aplicar las normas nacionales que regulan las consecuencias jurídicas de una sentencia civil que haya adquirido fuerza de cosa juzgada, cuando dicha sentencia sea contraria a las obligaciones que se derivan de los artículos 87 CE y 88 CE, para garantizar plenamente de este modo el respeto de la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado» (Conclusiones *Lucchini*, punto 87).

3.1. El marco de comprensión histórico jurisprudencial: la saga *Kühne*

Con independencia de algún otro antecedente indirecto¹³, la revisión de actos administrativos firmes contrarios al Derecho comunitario encuentra su sentencia seminal en el asunto *Kühne & Heitz* dictada por el Tribunal de Justicia a comienzos de 2004 y que, a pesar de su interés y relevancia, no ha recibido una particular atención¹⁴.

En esta sentencia, el juez de Luxemburgo obligaba a la Administración nacional a volver sobre un acto firme siempre que se dieran unas condiciones muy particulares¹⁵: a) que, de conformidad con el Derecho nacional, la Administración dispusiese de la facultad de revisar la resolución en cuestión; b) que dicha resolución hubiera adquirido firmeza en virtud de sentencia de un órgano judicial de última instancia; c) que dicha sentencia se basara en una interpretación del Derecho comunitario afirmada sin plantear una cuestión prejudicial de acuerdo con el artículo 234.3 TCE y que, a la luz de jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia, se confesase errónea; y, finalmente, d) que el interesado se dirigiera al órgano administrativo inme-

¹³ Aunque los asuntos *Ciola* y *AssiDomän*, puedan considerarse los antecedentes directos, existen algunos anteriores de los que da cuenta S. J. SCHONBERG: «Legal Certainty and Revocation of Administrative Decisions: A Comparative Study of English, French and EC Law», *Yearbook of European Law*, vol. 19, 1999-2000, pgs. 257-298.

¹⁴ No se han prodigado los comentarios a esta sentencia, a diferencia de lo ocurrido con otros hitos jurisprudenciales de incidencia comparable en la posición de los tribunales nacionales dentro del ordenamiento comunitario. Pueden consultarse, J. KOMÁREK: «Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order», *Common Market Law Review*, vol. 42, núm. 1, 2005, pgs. 18-ss.; R. CARANTA: «Case C-453/00, *Kühne & Heitz NV v. Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Judgment of the Full Court of 13 January 2004», *Common Market Law Review*, vol. 42, núm. 1, 2005, pgs. 179-188; P. MARTÍN RODRÍGUEZ: «La revisión de los actos administrativos firmes: ¿un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del Derecho comunitario?» (A propósito de la Sentencia de 13 de enero de 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz NV*), *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 5, 2004, www.iustel.com, pgs. 1-28; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE: «Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire», *Revue française de droit administratif*, vol. 21, núm. 3, 2005, pgs. 476-ss. Más reciente (incluyendo asuntos posteriores y el antecedente *AssiDomän*), J. MORENO GRAU: «Seguridad jurídica y legitimación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2006, pgs. 429-495.

¹⁵ Lo que implicaba que con carácter general dicha obligación no existe como expresamente se enuncia: «... la seguridad jurídica es uno de los principios generales reconocidos por el Derecho comunitario. La firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad y debido a ello, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz* [Rec. 2004 pg. I-837], apdo. 24, citada en adelante como Sentencia *Kühne*).

diatamente después de tener conocimiento de esa nueva jurisprudencia comunitaria¹⁶.

Moviéndose por el principio de seguridad jurídica, con sentencias nacionales firmes y efectos retroactivos de las sentencias prejudiciales de interpretación y apoyándose por igual en una facultad de Derecho interno y en artículo 10 TCE, era claro que el nuevo instrumento que esta sentencia sancionaba para garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario era enormemente problemático y sus incógnitas grandes. La invitación a nuevos pronunciamientos estaba casi cursada de forma oficial. Entre las muchas incógnitas formuladas, su incierto ámbito de aplicación, el sentido jurídico de este instrumento y su conformación técnico-jurídica no eran tres pequeñas y han conectado directamente con asuntos posteriores que, sin demasiada estridencia, pueden considerarse la prole de *Kühne*.

a) En primer lugar, el ámbito de aplicación quedaba rodeado de una zona gris por la incierta remisión a la facultad de revisión reconocida por el Derecho nacional. Siendo oscura incluso en relación con actos administrativos¹⁷, no existía en el razonamiento del Tribunal motivo alguno para excluir dicha obligación en sede jurisdiccional, esto es, la revisión judicial de una sentencia. Este es el aspecto al que apuntaba el asunto *Kapferer*, donde un tribunal de apelación se preguntaba si en virtud del principio de colaboración leal (art. 10 TCE) podía o incluso estaba obligado a reconsiderar un aspecto no discutido en la apelación (con respecto al cual, por tanto, la sentencia de instancia había adquirido firmeza), cuando este aspecto contradecía el Derecho comunitario¹⁸. El Tribunal de Justicia, siguiendo en ello al Abogado General Tizzano, desmarca el asunto de la jurisprudencia *Kühne* en la medida en que el órgano judicial no tenía reconocida la facultad para revisar esa decisión en virtud de su Derecho nacional¹⁹.

¹⁶ Sentencia *Kühne*, apdo. 28. Es menester recordar que en el razonamiento de la sentencia aparecía como condición la no afectación de los derechos de terceros, pero ésta desapareció del dispositivo (vid. apdo. 25).

¹⁷ La exigencia de que el Derecho nacional reconociese al órgano administrativo la facultad de reconsiderar la decisión en cuestión permitía varias interpretaciones, bien vinculadas a la potestad revisora general de la Administración, bien a la revisión como consecuencia de una sentencia posterior, o bien ceñida al caso concreto, para cada una de las cuales la sentencia ofrecía no pocos argumentos (P. MARTÍN RODRÍGUEZ: *loc. cit.*, pgs. 8-15).

¹⁸ En concreto, se trataba de la competencia del tribunal en caso de celebración de un contrato entre comerciante y consumidor según lo determina el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre. La empresa Schlink, demandada, contestó la competencia del tribunal austríaco en la instancia, pero no la reiteró en la apelación, ya que la sentencia de instancia, aun declarándose competente, había desestimado todas las pretensiones en el fondo realizadas por la Sra. Kapferer.

¹⁹ El TJ afirma, y conviene recalcarlo, con un lenguaje genérico no limitado a actos administrativos que «es preciso recordar que esa misma sentencia [*Kühne*] supedita la obligación que recae sobre el órgano de que se trate, con arreglo al artículo 10 CE, de examinar de nuevo una decisión definitiva que parezca haber sido adoptada vulnerando el Derecho comunitario, al requisito, en particular, de que el citado órgano disponga, en virtud del Derecho nacional, de la facultad de reconsiderar dicha decisión (véanse los

Lo que interesa, a efectos de este trabajo, es que, reteniendo la importancia que el principio de cosa juzgada posee en el ordenamiento comunitario²⁰, el TJ afirma que «el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss, C-126/97, Rec. pg. I 3055, apartados 46 y 47)» (apdo. 21)²¹. Este pronunciamiento, a pesar de ser de Sala²², ya obligaría a separar con claridad la sentencia *Lucchini* de la jurisprudencia anterior del Tribunal, con relación a la cual parece mantener una abierta contradicción.

En segundo lugar, el sentido jurídico de esta revisión administrativa como instrumento de la primacía no quedaba establecido, ya que tratándose de una facultad reconocida por el Derecho nacional, no se comprendía bien qué razones justificaban gravar el supuesto con condiciones adicionales²³.

apartados 26 y 28 de la citada sentencia). Ahora bien, en el presente caso, basta señalar que de la resolución de remisión resulta que no se cumple el requisito anteriormente mencionado» (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Primera] de 16 de marzo de 2006, C-234/04, Rosmarie Kapferer [Rec. pg. I-2585], apdo. 23, en adelante citada como sentencia *Kapferer*). Por su parte, en el punto 25 de las Conclusiones presentadas el 10 de noviembre de 2005 en este asunto, el Abogado general insistía en la distinción entre resoluciones administrativas y judiciales. Interesa retener que la ausencia de esa obligación de revisión deriva la solución jurídica del caso a los principios de efectividad y equivalencia en virtud de la autonomía procedimental (Sentencia *Kapferer*, apdos. 22-23).

²⁰ En palabras del Tribunal, «a este respecto, procede recordar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos (sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, Rec. pg. I-10239, apartado 38)» (Sentencia *Kapferer*, apdo. 20).

²¹ El dispositivo de la sentencia es de un tenor aún más amplio y, a mi modo de ver, parcialmente incorrecto, pues resuelve que «El principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas con el fin de examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla, cuando se ponga de manifiesto que vulnera el Derecho comunitario».

²² O justamente por serlo. Reténgase que, de conformidad con la práctica precedente y los artículos 16 del Estatuto y 44 del Reglamento de procedimiento, la misma asignación a una Sala de cinco jueces traslada que la Reunión general del Tribunal consideró que el asunto no planteaba más dificultad que el desarrollo de una jurisprudencia consolidada, pero no cuestiones nuevas o que por su importancia debieran ser resueltas por la Gran Sala. Ese mismo entendimiento se produjo tanto en la propia formación del Tribunal como en los Estados y la Comisión al formular sus observaciones (*vid.* A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 5ª ed. 2005, pg. 213).

²³ En este sentido, como han apuntado J. BAQUERO y D. SARMIENTO, la jurisprudencia *Kühne* más bien vendría a restringir el alcance de otras sentencias, en las que la obligación de respetar la primacía del Derecho comunitario queda incondicionada para la Administración en su ámbito de competencias (asuntos *Costanzo* o *Ciola*).

La sospecha de que no eran requisitos autónomos, sino meros elementos fácticos del caso concreto explica que, con apoyo en *Kühne*, llegase al Tribunal un asunto que guardaba pocas similitudes con él, aparte de la existencia de una facultad de revisión reconocida por el ordenamiento interno. En el asunto *i-21 Germany*, el órgano judicial se preguntaba si la obligación de revisión también surgía cuando la sentencia interna había adquirido firmeza por el no ejercicio de los recursos existentes²⁴. El Tribunal de Justicia, muy lejos de la posición del Abogado General D. Ruiz-Jarabo, da una segunda respuesta negativa: apostado sobre el principio de seguridad jurídica, entiende que el Derecho comunitario no exige la reconsideración de un acto administrativo firme, *Kühne* ampara una excepción a esta regla general, pero exige que se hayan agotado todas las vías de recurso, dato que no concurría en el caso²⁵.

En este asunto (junto con *Kapferer*), el Tribunal de Justicia eleva a requisitos, como ha dicho luego el Abogado General Y. Bot²⁶, las condiciones mencionadas en la Sentencia *Kühne* y consagra esa obligación de revisión del acto administrativo como un instrumento de reacción frente al incumplimiento

²⁴ En el marco de la liberalización del sector de telecomunicaciones, Alemania fijó para cada concesión unas tasas o cánones exorbitantes que cubrían los gastos administrativos generales que ocasionara la concesión para los treinta años sucesivos. Dicha normativa fue posteriormente declarada ilegal por el *Bundesverwaltungsgericht*. I-21 Germany e ISIS (luego Arcor), empresas concesionarias, no habían impugnado ante los tribunales el pago del canon. Sin embargo, una vez que es declarado ilegal, se dirigen a la Administración para que revoque dicho acto administrativo. En virtud de la normativa alemana, estas empresas no gozaban del derecho a que la Administración revisase tales actos, por lo que el Tribunal *a quo* se pregunta si cabe deducir este derecho del Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala] de 19 de septiembre de 2006, C-392 y 422/04, *i-21 Germany GmbH* y *Arcor AG* [Rec. 2006, pg. I-8559], apdos. 9-18, en adelante sentencia *i-21 Germany*). Sobre esta sentencia, véase el comentario de H. WENANDER: «Withdrawal of national administrative decisions under European Administrative Law», *European Law Reporter*, núm. 2, 2007, pgs. 54-60.

²⁵ Sentencia *i-21 Germany*, apdos. 51-54. Dado que el principio de efectividad se entiende cubierto por la existencia de recursos (que las empresas no agotaron), la solución del caso procede de la aplicación del principio de equivalencia exigiendo que el Derecho comunitario sea tratado en pie de igualdad con el Derecho alemán. Ciertamente, en la sentencia, el juez comunitario exprime este principio al máximo para que la contradicción con el Derecho comunitario que la normativa alemana padecía fuese interpretado como una ilegalidad manifiesta que, en virtud de las normas procesales internas, sí obligaba a la Administración alemana a revisar el acto administrativo firme. El TJ roza aquí la aplicación del Derecho comunitario al proceso principal (vid. Sentencia *i-21 Germany*, apdos. 62-72, especialmente apdo. 71). Esta jurisprudencia resultaría pertinente para la resolución de ciertos supuestos tributarios calcados sobre el asunto *i-21 Germany*, aunque en un contexto de reclamación de responsabilidad del Estado (véase sobre ellos, J. CALVO VÉRGEZ: «La consideración del derecho a una devolución tributaria derivada de la exigencia de un tributo incompatible con el ordenamiento comunitario...», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 264, 2007, pgs. 85-91).

²⁶ Conclusiones presentadas el 24 de abril de 2007 en el asunto C-2/06, Willy Kempter en que aún no ha recaído sentencia, puntos 58-59, en www.curia.europa.eu (en adelante Conclusiones *Kempter*).

por los órganos jurisdiccionales de última instancia del deber de reenvío prejudicial del artículo 234.3 TCE, alumbrando cuál es su sentido jurídico²⁷.

c) Finalmente, la pobre conformación técnico-jurídica del instrumento de revisión que hacía el Tribunal de Justicia en la sentencia *Kühne* explica reenvíos ulteriores demandando aclaraciones suplementarias, como las requeridas en el asunto *Kempter* sobre el que aún no ha recaído sentencia. En este caso, se requiere al Tribunal que aclare principalmente si es necesario que el particular haya alegado el Derecho comunitario en el procedimiento judicial interno (que, obviando el deber del artículo 234.3 TCE, desembocará en la sentencia firme «errónea») y cómo debe interpretarse la obligación que pesa sobre el interesado de dirigirse al órgano administrativo inmediatamente después de conocer la sentencia del Tribunal de Justicia²⁸.

Este recorrido por la jurisprudencia relativa a la revisión de actos jurídicos firmes contrarios al Derecho comunitario llama a dos puntos sobre los que interesa detenerse: primero, en ese patio particularmente alborotado no termina de aparecer el lugar que tiene la revisión judicial y, segundo, el problema de fondo de este instrumento sigue siendo su inadecuación respecto al sistema de la primacía²⁹. Todo ello termina por distanciar, a mi modo de ver definitivamente, la jurisprudencia *Lucchini* de los antecedentes jurisprudenciales.

– Los titubeos posteriores a *Kühne* demandan un esfuerzo de clarificación, al que tanto doctrina³⁰ como Abogados generales se han aplicado³¹, pero

²⁷ En este sentido, P. MARTÍN RODRÍGUEZ: *loc. cit.*, pgs. 19-23; F. Becker: «Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness», *Common Market Law Review*, vol. 44, núm. 4, 2007, pg. 1050. Igualmente, Conclusiones *Kempter*, punto 82.

²⁸ El Abogado general propone al Tribunal que rechace un deber para el particular de alegar el Derecho comunitario o de solicitar el planteamiento de la cuestión prejudicial en el procedimiento interno. Con un interesante análisis, propone también la eliminación del requisito de la inmediatez, transformado en la posibilidad de que los ordenamientos establezcan una limitación temporal para su ejercicio, con respeto del principio de efectividad (Conclusiones *Kempter*, punto 144).

²⁹ Por esta expresión, debe entenderse las técnicas y principios que el Tribunal de Justicia ha desarrollado para asegurar la efectividad del Derecho comunitario (*vid. infra* nota 35) y no una específica concepción de la interrelación entre primacía y eficacia directa (M. DOUGAN: «When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy», *Common Market Law Review*, vol. 44, núm. 4, 2007, pgs. 931-963).

³⁰ Es particularmente interesante el esfuerzo realizado por BECKER por varias razones: por ofrecer una perspectiva más amplia de la revisión de actos administrativos en Derecho comunitario (actos de las instituciones y no sólo de los Estados, la necesidad de diferenciar por su carácter legal o ilegal pero también favorable o desfavorable para el individuo, etc.) y, sobre todo, por suscitar la duda de si el enfoque de la primacía es apropiado con respecto a decisiones administrativas o si debemos atenernos exclusivamente al principio de efectividad que, por su parte, debe ser necesariamente reconceptuado (F. BECKER: *loc. cit.*, pgs. 1035-1056).

³¹ Valgan, como ejemplo, las Conclusiones del Abogado general en el mismo asunto *Lucchini*, donde L. A. Geelhoed resume la situación atendiendo a la pérdida de derechos

que deja patente el incómodo encaje de la revisión de resoluciones jurisdiccionales. Un ejemplo expresivo se encuentra en las Conclusiones del Abogado General Y. Bot en el asunto *Kempter*: mientras que sus reflexiones comienzan distinguiendo entre resoluciones judiciales y resoluciones administrativas³², en los puntos 73 a 83, en el momento de recapitular, esta distinción se difumina, como lo hacen también las obligaciones que pesan sobre tribunales y sobre órganos administrativos en los distintos supuestos definidos siguiendo al dedillo los asuntos analizados (mientras que *Kühne* es referida al órgano administrativo, *i-21 Germany* se reconduce al órgano jurisdiccional)³³.

– El problema de fondo está, digámoslo sin tapujos, en el error de base existente en la conformación de este instrumento que ha sido denunciado también por el Abogado General D. Ruiz-Jarabo en sus Conclusiones al asunto *i-21 Germany*. Dicho con pocas palabras, un instrumento tendente a la garantía del cumplimiento del Derecho comunitario (su efectividad y su primacía) sencillamente no puede depender de la existencia de una facultad reconocida por el ordenamiento interno, abriendo las puertas a la disparidad de tutela. Pero es más, tal y como está diseñado por el Tribunal de Justicia, esta jurisprudencia es inútil, sólo es una aplicación mecánica o rutinaria del principio de colaboración leal del artículo 10 TCE. Cuando se afirma que su relevancia radica en que un ejercicio facultativo según el Derecho nacional se torna en preceptivo por el Derecho comunitario, se avanza un sofisma. La falacia aparece si se plantea en sentido opuesto, ¿qué quedaría del principio de colaboración leal, si éste permitiese que un órgano no utilizase una facultad reconocida por el ordenamiento interno para dar aplicación al Derecho comunitario? La introducción de una nueva técnica al servicio de la primacía que conlleve la revisión de actos administrativos firmes por infracción del Derecho comunitario exige que su creación proceda del mismo ordenamiento jurídico comunitario, aunque su instrumentación se derive a los cauces previstos en los Derechos nacionales, exac-

derivada del comportamiento de los particulares. Sólo si actúan administrativa y judicialmente en defensa de los derechos que le confiere el ordenamiento comunitario, podrán, llegado el caso, reclamar la responsabilidad del Estado o la revisión del acto administrativo (Conclusiones *Lucchini*, punto 46).

³² Así en los puntos 41-43 parece asumir que la revisión no opera con sentencias, mientras que a partir del punto 44 («y en relación esta vez con resoluciones administrativas»), van surgiendo los supuestos en que la revisión sí operará (Conclusiones *Kempter*, citadas, puntos 41-72).

³³ En efecto, muy apegado al supuesto del caso y, a mi modo de ver, desconociendo que la primacía alcanza a todo órgano del Estado, para el Abogado general Bot, de la sentencia *i-21 Germany* «se desprende que en el caso de una resolución administrativa firme que no haya sido objeto de un recurso judicial, el artículo 10 CE, en relación con la disposición comunitaria cuya infracción se invoca, obliga al juez nacional al que se ha sometido el asunto ante la negativa de la autoridad nacional competente a revisar dicha resolución a comprobar, al menos, que las normas procesales de su ordenamiento jurídico nacional no conducen, en virtud del principio de equivalencia, a hacer obligatoria la revisión y, en su caso, la revocación de la referida resolución» (Conclusiones *Kempter*, citadas, punto 79).

tamente igual a lo que ocurre con la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario. Ese eventual instrumento sí tendrá que resultar de una ponderación entre legalidad y seguridad jurídica (estabilidad).

Éste me parece que es el enfoque propuesto por el Abogado general Ruiz-Jarabo que, salvaguardando los derechos de terceros, olvidados, por cierto, con demasiada frecuencia en los razonamientos más recientes, propone confinar esta revisión a los casos en que el respeto de la seguridad jurídica comportara el mantenimiento de situaciones que comprometan la equidad o los principios generales del Derecho comunitario, enlazando con la posición mantenida en el asunto *AssiDomän*³⁴.

Aunque comparto igualmente el razonamiento que adelanta D. Ruiz-Jarabo para rebatir que dicho instrumento violentara de forma irresistible los órdenes jurídicos nacionales³⁵, justo es reconocer que algún fleco suelto queda y, además, muy pertinente para este trabajo, como es precisamente la existencia de una sentencia judicial firme. El Abogado general puede aprovechar que esta condición no concurría en el procedimiento principal para, sin resolverlo, limitarse a reconocer la especificidad de ese supuesto, donde a la «firmeza» se une la «fuerza de la cosa juzgada» y su mayor peso a la hora de ponderar los intereses de la seguridad jurídica.³⁶

Lo dicho hasta aquí, creo, motiva suficientemente distanciar la sentencia *Lucchini* de la saga *Kühne*. Cierto que en ambos nos encontramos ante un caso de contradicción con el Derecho comunitario con resoluciones administrativas y sentencias judiciales interrelacionadas (y, por consiguiente, temas de efectividad del Derecho comunitario, firmeza de actos jurídicos y autoridad de cosa juzgada), pero ahí termina la similitud. Son muchos los elementos que los diferencian: restituciones a la exportación, violación del artículo 234.3 TCE y existencia de jurisprudencia posterior, en uno; devolución de ayudas de Estado, competencias exclusivas y previa Decisión comunitaria en otro. Y, sobre todo, es el enfoque jurídico asumido por el Tribunal de Justicia para afrontar esos temas comunes el que marca la distancia, derivando uno a la revisión administrativa, el Derecho nacional y el principio de colaboración leal, y reconduciendo el otro hacia la protección de las competencias comunitarias y a la primacía del Derecho comunitario sin ma-

³⁴ Conclusiones *i-21 Germany*, punto 95.

³⁵ Repasando las implicaciones que tienen las técnicas que aseguran la efectividad del Derecho comunitario (primacía, eficacia directa, interpretación conforme, responsabilidad por infracción o tutela judicial) y que yo denomino aquí «el sistema de la primacía», concluye el Abogado general que «Lo expuesto en los puntos precedentes de estas conclusiones muestra que criterios articuladores de la vigencia y de la derogación de las normas o de su interpretación, así como de su jerarquía, o el de la estricta vinculación de los jueces a la ley, con relevancia semejante en los sistemas constitucionales de los Estados miembros al de la seguridad jurídica, han cedido cuando se trataba de otorgar virtualidad al derecho comunitario, sin remover las raíces de los ordenamientos nacionales» (Conclusiones *i-21 Germany*, punto 94).

³⁶ Conclusiones *i-21 Germany*, punto 112.

tiz. Se sostiene aquí, pues, que yerran quienes ven en *Lucchini* un endoso de *Kühne* de alcance general, o siquiera una convergencia o refuerzo mutuo. El mismo dictado de la sentencia *Lucchini*, que evita toda mención a *Kühne* o cualquiera de su progenie con las que más bien mantendría afirmaciones encontradas, nos obliga a indagar en otro marco de comprensión. Conviene, por esto, conocer si ese enfoque radicalmente distinto procede del régimen específico de ayudas de Estado.

3.2. El marco de comprensión funcional: el régimen de recuperación de ayudas de Estado ilegales

La radical respuesta dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Lucchini* resulta *prima facie* bastante más comprensible desde la perspectiva del estricto régimen comunitario de recuperación de ayudas de Estado ilegales. A pesar de que la regulación sustantiva del control de las ayudas de Estado no ha variado en sus principios generales desde que se concibió el mercado común, sí es posible constatar que, en lo tocante a la recuperación de las ayudas que contravengan dicha normativa, la reacción del ordenamiento comunitario se ha ido endureciendo progresivamente. Como apunta A. SINNAEVE³⁷, en este aspecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no discurre por caminos distintos, sino que, antes bien, contribuye a reforzar la rígida disciplina contenida en el Reglamento 659/1999, llamado de procedimiento, que codificó la práctica anterior³⁸.

Ese paulatino endurecimiento de la recuperación de ayudas ilegales puede describirse, de forma quizás algo impropia, como el paso de la voluntariedad y autonomía a la automaticidad e incondicionalidad³⁹. En efecto, en el origen la Comisión motivaba la necesidad e idoneidad de la recuperación de la ayuda otorgada ilegalmente, recuperación que debía producirse, siguiendo el principio de autonomía institucional y procedimental, por las vías existentes en el Derecho interno⁴⁰. En la actualidad, el régimen se ha

³⁷ A. SINNAEVE: «State Aid Procedures: Developments Since the Entry into Force of the Procedural Regulation», *Common Market Law Review*, vol. 44, núm. 4, 2007, pgs. 965-1033, en especial pg. 1032.

³⁸ Reglamento 659/99 del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, hoy artículo 88 TCE (DO L 83, de 27.3.1999). Al respecto puede consultarse D. HEREDIA BENOT: «El Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pgs. 17-33. El carácter codificador del texto ha sido reconocido por la propia jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung* (Rec. pg. I-9957) apdo. 35, en adelante Sentencia *Transalpine*.

³⁹ Este carácter incondicional sigue manteniendo zonas oscuras, sobre las que ya avisaba M. KARPENSCHIF: «La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement núm. 659/1999: du mythe à la réalité», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 37, núm. 3, 2001, pgs. 551-596.

⁴⁰ A. DEL VALLE GÁLVEZ: «Las ayudas de Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑÁN NOGUERAS (dirs.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pgs. 918-920.

distanciado de ambas características. Así, la recuperación de la ayuda ilegal se considera una consecuencia prácticamente automática, como se desprende del artículo 14 del Reglamento 659/1999 que sólo la excluye en caso de que contraríe un principio general del Derecho comunitario. La jurisprudencia europea ha corroborado esta automaticidad reduciendo el margen de actuación de tales principios generales y acercando la devolución a una obligación incondicional.

De un lado, el Tribunal de Justicia sostiene invariablemente que la recuperación no es más que la consecuencia natural de la ilegalidad y que resulta necesaria para restaurar las condiciones de competencia falseadas por la ayuda, de manera que difícilmente podrá ser contraria al principio de proporcionalidad (ser desproporcionada)⁴¹. De otro lado, el principio de confianza legítima que salvaguardaría la posición de los beneficiarios de ayudas ilegales no se ve reconocida demasiada profundidad. Inútil como alegación o excusa para el propio Estado, el Tribunal ha señalado que en caso de una ayuda otorgada sin respetar el procedimiento (y en particular sin que la Comisión haya aprobado su compatibilidad con el mercado común), el beneficiario no puede fundar unas expectativas legítimas, pues un operador económico diligente es consciente de lo precario de su posición, ya que en cualquier momento la ayuda podrá ser declarada ilegal y él, en consecuencia, ser obligado a devolverla junto con los intereses correspondientes (se trata pues de un riesgo previsible)⁴². Ni siquiera una previa decisión de la Comisión es *per se* suficiente, ya que ésta puede revocarla sin afectación de la confianza legítima en ciertos casos o la medida puede ser impugnada ante el Tribunal de Justicia⁴³. Finalmente, esta automaticidad opera incluso en el supuesto de que la ayuda ilegalmente otorgada resulte considerada

⁴¹ Se trata de una jurisprudencia de larga data, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1990, Bélgica c. Comisión, C-142/87 (Rec. pg. I-959), apdo. 66 (asunto *Tubemeuse*).

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005, C-148/04, Unicredito Italiano (Rec. pg. I-11137), apdos. 104-109 (en adelante Sentencia *Unicredito*). A lo que contribuye la publicación en la serie C del Diario Oficial, de la incoación por la Comisión de procedimientos de investigación formal (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Quinta] de 1 de abril de 2004, C-99/02, Comisión c. Italia [Rec. pg. I-3353], apdo. 19).

⁴³ Tal y como recoge el artículo 9 del Reglamento 659/1999. Además, conviene retener que una ayuda ilegal sólo se convierte en existente por transcurso pacífico del plazo prescriptivo de 10 años fijado en el art. 15 del Reglamento, según lo que se deduce de la definición que el Reglamento da de ayuda existente. Trataremos *infra* el asunto *P&O Ferries*, donde una medida que superó el filtro de la Comisión (aunque con deficiencias en la información suministrada) fue atajada en sede jurisdiccional. La lectura de las Conclusiones del Abogado General J. Mazák presentadas el 24 de mayo de 2007 en el asunto C-199/06, Centre d'exportation du livre français, en el que aún no ha recaído sentencia muestra las complejas prolongaciones de esta materia, ya que una medida estatal francesa de promoción de la exportación de libros entra en el circuito procedimental comunitario de ayudas tras 20 años de aplicación. Sin embargo, sucesivas decisiones de la Comisión declarando su compatibilidad han sido anuladas (la última está aún pendiente) por el TPI. El asunto prejudicial se plantea por haberse requerido a la jurisdicción nacional que ordene la recuperación de éstas.

compatible con el mercado común, haciendo imposible una convalidación *a posteriori*⁴⁴. En este caso, la recuperación pretende evitar que los Estados tengan incentivos para no respetar el procedimiento de control previo⁴⁵.

Por lo que atañe a las vías nacionales para proceder a la recuperación de la ayuda, mi impresión es que el principio de autonomía procedimental opera sobre todo en términos formales, pero que su alcance material es hoy día más bien relativo. En efecto, el mismo Reglamento 659/1999 recoge que «la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho comunitario» (art. 14.3)⁴⁶. El Estado miembro debe, pues, poner en marcha un procedimiento que permita la recuperación sin dilaciones, de manera que toda norma nacional que obstaculice esta inmediata y efectiva aplicación de la Decisión de recuperación deberá ser descartada⁴⁷. Esto incluye, naturalmente, otorgar efectos suspensivos en caso de que los beneficiarios se opongan a la devolución, impugnándola ante los tribunales nacionales⁴⁸, pero no se queda ahí exclusivamente. Las complejidades jurídicas o la inadecuación de las vías en función de la

⁴⁴ A. DEL VALLE GÁLVEZ: *loc. cit.*, pgs. 924-925. Algún autor se ha mostrado contrario a esta solución radical (E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: «El procedimiento comunitario aplicable a las “ayudas ilegales”. Especial referencia a la recuperación de ayudas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, 2002, pgs. 105-106. También J.-P. KEPPENE considera que la declaración de incompatibilidad con el mercado común debe ser necesaria para que la Comisión pueda exigir su recuperación (*op. cit.*, pg. 247).

⁴⁵ Sentencia *Transalpine*, apdos. 41-42.

⁴⁶ Esa libertad del Derecho interno no es tan amplia. Las posibilidades, diversas a la devolución de la ayuda, no son ilimitadas: debe tratarse de medidas compatibles con el Derecho comunitario y que tengan un efecto idéntico al de un reembolso mediante una transferencia de fondos, de forma que sean capaces de restablecer las condiciones de competencia que fueron falseadas (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta], de 12 de diciembre de 2002, C-209/00, Comisión c. Alemania [Rec. pg. I-11695], apdos. 57-58).

⁴⁷ Respecto del procedimiento nacional de recuperación, afirma el Tribunal que esas «disposiciones deben ser aplicadas de manera que no hagan prácticamente imposible la recuperación exigida por el Derecho comunitario y que se tome plenamente en consideración el interés de la Comunidad» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000, C-404/97, Comisión c. Portugal [Rec. pg. I-4897], apdo. 55). Así ocurre también, como muestra el asunto *Olympic Airlines*, cuando mediante el traspaso de sus activos a otra empresa, se hace prácticamente imposible con arreglo al Derecho interno obtener la devolución (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Segunda] de 12 de mayo de 2005, C-415/03, Comisión c. Grecia [Rec. pg. I-3875], apdos. 32-36, en adelante Sentencia *Olympic Airlines*).

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2006, Comisión c. Francia, C-232/05 (Rec. pg. I-10071), apdos. 51-53. Existe ya jurisprudencia interna en este sentido (en Alemania e Italia) de la que da cuenta A. SINNAEVE: *loc. cit.*, pgs. 1015-1016.

forma en que se otorgaron las ayudas no valdrán como excusa del incumplimiento de la decisión⁴⁹.

Es jurisprudencia pacífica que la única defensa que podrá alegar el Estado es la imposibilidad absoluta de ejecución, imposibilidad que no se da aunque el Estado afronte dificultades políticas, sociales, técnicas o jurídicas, derivadas del número de beneficiarios, del cálculo del montante de la recuperación, de las consecuencias de la devolución sobre la empresa, etc.⁵⁰. En tales casos, el Tribunal ha sostenido que el Estado debe hacer partícipe a la Comisión de tales dificultades y, en virtud del principio de mutua cooperación leal (art. 10 TCE), ambos deberán encontrar los mecanismos alternativos o las adaptaciones oportunas para el cumplimiento de la Decisión⁵¹, si bien dicha búsqueda recae esencialmente sobre el Estado⁵². En todo caso, éste deberá actuar materialmente tratando de recuperar la ayuda y no podrá limitarse a comunicar a la Comisión tales dificultades⁵³.

No es demasiado aventurado señalar que la modificación del régimen jurídico español deducible de la Ley 38/2003, General de Subvenciones tiende justamente a evitar las dificultades que la canalización de la recuperación de la ayuda planteaba a través del régimen de revisión de actos administrativos

⁴⁹ Esta línea puede ser ilustrada por el caso español de ayudas a los Astilleros de titularidad pública, cuya recuperación exigió la Comisión mediante Decisión de 1999. España alegó, sin éxito, como justificante del retraso de la devolución que el cambio operado en el beneficiario de personalidad jurídica pública a privada planteaba problemas jurídicos de complicada resolución sobre el procedimiento interno apropiado (civil o administrativo) para la recuperación. Dichas dificultades, como la necesidad de recabar un informe del Consejo de Estado, no fueron admitidas por el Tribunal de Justicia, precisamente porque la recuperación no puede depender de la forma en que se otorgó la ayuda y esas complicaciones no suponen una imposibilidad absoluta de ejecución, ni eximen al Estado de emprender acciones concretas para el reembolso (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta] de 26 de junio de 2003, C-404/00, Comisión c. España [Rec. pg. I-6695], apdos. 48-52).

⁵⁰ En referencia al número de beneficiarios, *vid.* sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 3 de julio de 2001, C-378/98, Comisión c. Bélgica (Rec. pg. I-5107), apdo. 42. Con relación a las consecuencias de la devolución sobre la solvencia de las empresas, *vid.* sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000, C-404/97, Comisión c. Portugal (Rec. pg. I-4897), apdo. 53.

⁵¹ *Ad ex*, Sentencia *Olympic Airlines*, apdo. 42.

⁵² Es paradigmático el caso de los dispositivos belgas *Maribel bis y ter* de promoción del empleo, donde el Tribunal hizo hincapié en la fuerza relativa del elevado número de beneficiarios o las complejidades técnicas a la hora de valorar la imposibilidad de ejecución, así como en la responsabilidad primordial del Estado para la búsqueda de soluciones o de otras modalidades de recuperación (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta] de 3 de julio de 2001, C-378/98, Comisión c. Bélgica [Rec. pg. I-5107], apdos. 42, 44, 50-51).

⁵³ En aplicación de esta jurisprudencia, el Tribunal ha declarado el incumplimiento por España de las Decisiones de recuperación de la Comisión en el caso de las llamadas vacaciones fiscales vascas (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Segunda] de 14 de diciembre de 2006, C-485/03 a C-490/03, Comisión c. España [Rec. pg. I-11887], apdo. 74).

contenido en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de la Administración del Estado y del procedimiento administrativo común⁵⁴. El tema resulta de importancia: aunque la mayoría de los casos está vinculado al régimen fiscal vasco, a 31 de diciembre de 2006 España era el país de la Unión con mayor número de expedientes de recuperación de ayudas ilegales en curso⁵⁵.

Este pequeño repaso por la recuperación de ayudas ilegales justifica, creo, la opinión de que el resultado de la sentencia *Lucchini* podría haber encontrado un encaje relativamente sencillo dentro de este marco de comprensión funcional. Descartar una sentencia firme que impide la recuperación de una ayuda ilegal no chirría demasiado, dado el carácter casi absoluto de esta obligación. Como lo ha descrito M. DISANT, «l'office du juge national y est également circonscrit: il n'est plus juge de la "légalité communautaire" de l'aide, mais juge de l'exécution de l'ordre de récupération»⁵⁶. En ello abunda el tenor de la propia sentencia, sobre todo si nos atuviésemos exclusivamente al dispositivo, donde el Tribunal obliga a apartar la norma interna que consagra la autoridad de cosa juzgada «cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario».

Sin embargo, el razonamiento jurídico seguido por el Tribunal no confirma esta intuición, ya que no se preocupa en ningún momento por el régimen de recuperación de ayudas. Adicionalmente, la resolución del caso aplicando este marco de comprensión hubiese requerido indefectiblemente que la jurisdicción comunitaria hubiera abordado algunas de las incógnitas planteadas. Es el caso, por ejemplo, del Derecho intertemporal, es decir, del régimen jurídico temporalmente aplicable. Se trata de una cuestión que podría resultar más complicada de lo que se muestra en apariencia, dada la expiración del Tratado CEEA, el cambio de la regulación sustantiva y procedimental y la no tan evidente distinción entre ambos tipos de normas⁵⁷. Así, aunque ninguna duda cabe de que la ayuda otorgada por la *Corte*

⁵⁴ En efecto, frente a la necesidad de canalizarlos a través de la revisión de oficio de actos nulos o anulables o acudir para su recuperación a una incómoda calificación como «ingresos de derecho público» en aplicación del artículo 89 de la Ley General Presupuestaria, la Ley General de Subvenciones de 17 de noviembre de 2003 permite una recuperación directa en caso de que el reintegro venga determinado por una decisión adoptada en virtud de «los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea». Ello no obsta a que dentro del alcance de esta Ley no entren todos los supuestos a los que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, se les aplica el régimen de ayudas de Estado, como oportunamente se ha hecho notar, entre otras incorrecciones (J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Ayudas públicas», en L. A. VELASCO SAN PEDRO (COORD.): *Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pgs. 566-569).

⁵⁵ Vid. Informe de la Comisión Marcador de ayudas de Estado, de 28 de junio de 2007, COM (2007) 347 final, pg. 17, en adelante Marcador 2007.

⁵⁶ M. DISANT: «Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible», *Revue française de droit administratif*, vol. 23, núm. 3, 2007, pg. 549, cursiva original.

⁵⁷ Indirectamente, la reciente sentencia del TPI en el asunto *González Díez* puede ilustrar sobre las complicaciones que pueden surgir en este tema de aplicación intertemporal, ya que se trata de un caso de ayudas al carbón, con ciertas semejanzas con el asunto

d'appello di Roma a la empresa Lucchini contraviene el Derecho comunitario, no ocurre igual con la regulación procedimental. No estamos ante un caso de violación de las obligaciones de notificación o de *standstill* que termina en una decisión de recuperación, sino de la violación de la Decisión 90/555/CECA que prohibía *tout court* la concesión. La regularidad procesal del escrito de 1996 por el que la Comisión insta a la recuperación de la ayuda otorgada en violación de la Decisión no va de suyo, por más lógica que ésta sea⁵⁸.

Por otra parte, es también incuestionable que el recurso a este marco de comprensión funcional hubiera requerido del Tribunal un tratamiento distinto y más motivado con relación al principio de cosa juzgada o a la imposibilidad absoluta de ejecución de la recuperación en el contexto de la remisión al Derecho nacional implícito en el principio de autonomía procedimental. Ambas eran cuestiones problemáticas en el asunto presente por razones distintas, pero ambas hubieran demandado del Tribunal un cierto desarrollo.

Con respecto al principio de cosa juzgada, es verdad que la sentencia ofrece alguna reflexión que, no sin una generosa dosis de buena voluntad hermenéutica, podría interpretarse en el sentido de que la recuperación de la ayuda no se opondría a dicho principio general del Derecho comunitario⁵⁹. La alusión que hace el Tribunal a la conocida regla de las tres identidades (partes, objeto y causa) para ceñir la autoridad de la cosa juzgada podría indicar que en Derecho comunitario ésta posee un alcance particular que no concurría en el caso de autos. En efecto, la regla de las tres identidades responde a una concepción estricta que el Tribunal de Justicia ha mantenido en algunas de sus sentencias (destacadamente *Köbler*) y que ha sido criticada como superficial por parte de la doctrina⁶⁰. Si esto hubiera sido

Lucchini (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Segunda ampliada] de 12 de septiembre de 2007, T-25/04, González y Díez, aún no publicada en la Recopilación, apdos. 53-78).

⁵⁸ Sería igualmente argumentable la apertura de la vía del recurso de incumplimiento como solución querida por el Tratado y el Reglamento 659/1999 o, al menos, coetánea con la incoación del procedimiento de investigación formal en caso de otorgamiento de una ayuda sin notificar (por ejemplo, se pronuncia a favor de la consideración de estos casos como ayuda nueva efectuada incumpliendo la obligación de notificar, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ: *loc. cit.*, pg. 563). Esto ocurriría, en especial, en el caso de que se cuestionase la identidad de ambas ayudas (la notificada por las autoridades italianas y no concedida y la otorgada por las autoridades judiciales). Como se deduce claramente de la propuesta realizada, para el Abogado General en sus conclusiones no hay la menor duda de que existe una decisión de recuperación (Conclusiones *Lucchini*, puntos 84 y 87).

⁵⁹ Sobre esta calificación poca duda cabe: la protección de la cosa juzgada como parte de la seguridad jurídica es un principio general del Derecho comunitario, como de los ordenamientos internos (Sentencia *Kapferer*, apdo. 20).

⁶⁰ M. RUFFERT: «Case C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation v. Italian Republic, Judgment of the Court (Great Chamber) of 13 June 2006, nyr», *Common Market Law Review*, vol. 44, núm. 2, 2007, pg. 485. Z. PEERBUX-BEAUGENDRE sentencia con dureza que «alors que les Etats font de l'autorité de las chose jugée un principe essentiel, absolument nécessaire pour assurer la sécurité juridique et la bonne administration de

así, el Tribunal habría debido bregar con su jurisprudencia *P&O European Ferries* en que la regla de las tres identidades es desautorizada, alineándose con una interpretación más amplia de la cosa juzgada, no muy distanciada de la que el *Consiglio di Stato* atribuía a la norma italiana. Así, el Tribunal sostiene que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia del TPI en dicho caso no era relativa, sino absoluta, extendiéndose no sólo al fallo, sino también a los fundamentos de Derecho, y revistiendo un carácter de orden público que exige ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional⁶¹.

La ausencia total de referencia a la cuestión de la imposibilidad de ejecución de la obligación de recuperación en el marco de la autonomía procedimental del Estado cobra relevancia por vía indirecta, esto es, no tanto por darle una respuesta negativa (fácilmente argumentable como hemos visto), como porque era una materia explícitamente suscitada por el órgano judicial *a quo* en sus preguntas. Aunque no determinen el objeto del proceso (éste no existe verdaderamente en el reenvío prejudicial), las dudas del órgano nacional deben, en buena lid, orientar la argumentación del Tribunal de Justicia, por lo que si éste decide apartarse de ellas (cosa que naturalmente puede hacer) en su afán por dar una respuesta útil al tribunal nacional, es exigible que lo haga razonadamente. La referencia que, en su segunda pregunta, hace el *Consiglio di Stato* al principio de autonomía procedimental, con expresa cita de la jurisprudencia *Milchkontor* queda sin respuesta. Es verdad que la llamada a esa jurisprudencia resulta algo anticuada en relación con la recuperación de ayudas, pero esto sólo hubiera redundado en una mayor pertinencia y utilidad de una respuesta más actualizada del Tribunal.

Esta distancia del marco de comprensión funcional justifica, en mi opinión, la tesis de que el Tribunal ha perseguido un objetivo diferente al resolver el asunto *Lucchini*. Si esta sentencia no responde en su argumentación jurí-

la justice, la Cour y voit une règle de procédure de portée limitée et qui, en tous cas, ne suffit pas à écarter, même de façon très occasionnelle, les principes communautaires de responsabilité de l'Etat, de primauté et d'autonomie du droit communautaire» (Z. PEE-RBUX-BEAUGENDRE: *loc. cit.*, pg. 474).

⁶¹ En esta sentencia el Tribunal de Justicia casa una sentencia del TPI que volvía sobre una cuestión ya resuelta en un asunto anterior que enfrentaba a partes distintas (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Tercera] de 1 de junio de 2006, C-442/03 P y C-471/03 P, *P&O European Ferries* [Rec. pg. I-4845], apdos. 40-45, en adelante Sentencia *P&O Ferries*). La contradicción es tan abierta que merece reproducirse: «Contrariamente a lo que estimó el Tribunal de Primera Instancia, la sentencia BAI/Comisión, antes citada, no sólo tenía una fuerza relativa, obstaculizando la interposición de nuevos recursos con el mismo objeto, las mismas partes e idéntico fundamento, sino que dicha sentencia tenía fuerza de cosa juzgada absoluta y se oponía a que las cuestiones de Derecho que había resuelto fuesen sometidas de nuevo al Tribunal de Primera Instancia y examinadas por éste» (apdo. 41); «Dicha fuerza no sólo se extiende al fallo de la sentencia BAI/Comisión, antes citada. Se extiende asimismo a los fundamentos de Derecho de dicha sentencia que constituyen el sustento necesario de su fallo, por lo que son indisolubles de éste» (apdo. 43); «Además, la cuestión relativa a la fuerza de cosa juzgada absoluta es de orden público, por lo que debe ser suscitada de oficio por el órgano jurisdiccional» (apdo. 45).

dica *sic et simpliciter* a un desarrollo o evolución en materia de recuperación de ayudas otorgadas contrariando el Derecho comunitario, es legítimo indagar en otros marcos alternativos de comprensión.

3.3. El marco de comprensión natural o posible: el régimen de responsabilidad del Estado (-juez) por violación del Derecho comunitario

Aunque no es necesario detenerse en exceso en este marco de comprensión, dada su escasa operatividad en este caso en concreto, sí entiendo que merece la pena suscitar este tema por dos razones. Una primera es mostrar que el marco jurídico natural del asunto contiene discordancias desde el punto de vista funcional, ya que si funcionalmente el objetivo es eliminar las consecuencias del falseamiento de la competencia provocadas por la ayuda ilegal, la responsabilidad no ofrece un cauce alternativo adecuado. Pero, en segundo lugar, y ésta es más importante, la responsabilidad del Estado presenta grandes perspectivas de futuro, en la medida en que se abra el cauce del artículo 228.2 TCE.

Planteado de forma cruda, el asunto *Lucchini* es un simple caso de infracción del Derecho comunitario. Bien es verdad que se trata de una violación que, usando terminología internacional, puede calificarse de manifiesta, crasa o indisciplinable (*gross infringement or gross violation*). Extraña, por ello, que esta dimensión quede tan poco resaltada en el curso procesal comunitario. La explicación, a mi modo de ver, viene de la mano del órgano al que habría de atribuirse la violación: un órgano judicial nacional⁶², lo que toca de lleno una materia sensible en la jurisprudencia comunitaria.

A efectos de ceñir las posibilidades abiertas en este marco, conviene proceder por pasos, descartando casi *ab limine* las ofrecidas por el principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario sentado por la jurisprudencia *Francovich*. En efecto, dejando de lado aquellas cuestiones de mayor calado teórico en la conformación del sistema de la responsabilidad del Estado en Derecho comunitario que, lógicamente, también se plantean aquí⁶³, dos aspectos merecen destacarse en su aplicación a los órga-

⁶² Salvo la mención indirecta a la posición que la Abogacía General del Estado asumió respecto de lo fundado de la sentencia de la *Corte d'appello*, nada se dice en la Sentencia del Tribunal de Justicia. Por su parte, llamativos son los puntos 63 a 68 de las Conclusiones, donde el Abogado general afirma que tanto la Comisión como el Estado italiano cumplieron sus obligaciones, mientras que los órganos judiciales italianos incurrieron en «graves errores». Sólo en una ocasión afirma el Abogado general que se trata de una «infracción flagrante», para además no «caer en la tentación pedagógica» de justificar por qué. Cierto es que reitera esta calificación, cuando ya se ha propuesto la inaplicación de la sentencia, vía protección de competencias (punto 83).

⁶³ Sobre la controvertida responsabilidad del Estado en Derecho comunitario y su aplicación a los actos judiciales, puede consultarse la amplia bibliografía citada en P. MARTÍN RODRÍGUEZ: «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, 2004, pgs. 829-868. En general sobre responsabilidad, reciente, M.-P. GRANGER: «National applications of *Francovich* and the cons-

nos judiciales. De un lado, como claramente ha consolidado la jurisprudencia (asuntos *Köbler* y *Traghetti del Mediterraneo*), la responsabilidad del Estado por actos judiciales se desata sólo cuando la violación es imputable a un órgano jurisdiccional de última instancia, requisito que no concurriría en el asunto *Lucchini*⁶⁴.

De otro, la responsabilidad del Estado interviene, no como respuesta automática de toda violación, sino como cauce alternativo de satisfacción en caso de que los particulares vean desconocidos sus derechos por una violación suficientemente caracterizada de la norma comunitaria. Por ello, si bien el carácter suficientemente caracterizado de la violación en este caso es poco discutible (incluso en referencia al criterio más exigente aplicable a un órgano judicial)⁶⁵, más complicación plantea la identificación del derecho lesionado y, sobre todo, la reparación de los daños causados. El hecho de que se reconozca efecto directo a algunas de las disposiciones del Tratado CE en materia de ayudas de Estado facilita el reconocimiento del derecho de los operadores económicos competidores del beneficiario de la ayuda ilegal al cumplimiento del Derecho comunitario. Éste es un acervo jurisprudencial pacífico, pero poder deducir de ahí el derecho a la reparación es, sin embargo, más complejo⁶⁶.

El reconocimiento de un derecho al resarcimiento para todo competidor actuando individualmente iría más bien en contra del objetivo del régimen comunitario de ayudas de Estado (en la terminología jurisprudencial, se alude a ello como «interés comunitario»), que pretende la eliminación de las condiciones de competencia falseadas por la ventaja económica ilegal. Esa eliminación se realiza recuperando la ayuda que concedió el Estado (y aquí es donde parecen plantearse otras cuestiones de responsabilidad patrimonial)⁶⁷, no ampliando el círculo de los beneficiarios, como el Tribu-

struction of a European administrative *ius commune*», *European Law Review*, vol. 32, 2007, pgs. 157-192.

⁶⁴ Salvo que justamente, la ausencia de recurso contra la sentencia de la *Corte d'appello di Roma* sirviese para imputar la violación a la Abogacía General del Estado, lo cual, dado que tampoco es una vía sin dificultades (piénsese en el nexo causal directo), no permitiría llegar, en mi opinión, mucho más lejos.

⁶⁵ Recuérdese que el Tribunal de Justicia entiende que la responsabilidad «solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, *Köbler* [Rec. pg. I-10239] apdo. 53).

⁶⁶ Lamentablemente, el asunto *Traghetti del Mediterraneo* que versaba parcialmente sobre una petición de estas características no pudo arrojar, en razón del contenido de las preguntas planteadas por el órgano *a quo* (*Tribunale di Genova*), ninguna luz sobre esta cuestión (*vid.* P. MARTÍN RODRÍGUEZ: «TJCE – Sentencia de 13.06.2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario atribuible a los órganos judiciales de última instancia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25, 2006, pgs. 1017-1033).

⁶⁷ Cómo sería la propia indemnización al beneficiario de la ayuda que, obligado a devolverla con intereses, activase la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario. La tesis no es, en absoluto, disparatada, como lo han mostrado los asuntos *Borotra* en Francia, si bien los obstáculos jurídicos son muchos y el efecto útil de la

nal ha afirmado en varios asuntos⁶⁸. Esto explica que, aunque el Tribunal pareciera aceptarlo en teoría en el asunto *Saumon* de 1991, la Comisión en un Informe reciente no haya constatado ningún caso de indemnización acordada a un competidor⁶⁹.

Frente al escaso espacio que la responsabilidad del Estado abriría «en sede interna», otro gallo podría cantar «en sede comunitaria». Es claro que la violación de las reglas comunitarias en materia de ayudas de Estado (de cualesquiera reglas) abre la vía para el planteamiento de un recurso de incumplimiento. Ésta parece ser, además, la respuesta que privilegia el Tratado, ya que el artículo 88 TCE permite que la Comisión, obviando la llamada fase precontenciosa, pueda incoar un proceso de incumplimiento contra el Estado que viole una decisión suya definitiva⁷⁰. La práctica a este respecto es numerosísima, aunque no incluye un supuesto como *Lucchini* en que la violación es atribuible a un órgano judicial.

La relevancia de esta vía se encuentra (o, con más propiedad, se encontrará) en el recurso a la multa coercitiva y/o a tanto alzado para asegurar el cumplimiento de las Decisiones de recuperación, una vez que medie la sentencia declarativa de su incumplimiento. La apuesta ya está librada: el pasado 3 de agosto, la Comisión interpuso un recurso en este sentido contra Grecia por

decisión de recuperación no es de los menores (al respecto, véase la excelente contribución citada de M. DISANT: *loc. cit.*, pgs. 551-563).

⁶⁸ Sentencia *Transalpine*, apdo. 50 que expresamente afirma «los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar por que se garantice que las reparaciones que concedan invaliden realmente los efectos de la ayuda concedida en contravención del artículo 88 CE, apartado 3, y no deben limitarse a ampliar dicha ayuda a un grupo más amplio de beneficiarios». *Vid.* también la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 septiembre de 2006, C-526/04, Laboratoires Boiron (Rec. pg. I-7529), apdo. 41, en adelante Sentencia *Boiron*. Lo que explica que se permita su alegación para evitar el pago de un tributo o de una exacción parafiscal, que se encuentren vinculados directamente o constituyan el dispositivo de ayuda. La cuestión se plantea con contornos jurisprudenciales complejos (*Fering, Altmark, Gemo, van Calster, Nazairdis, Distribution Casino, Air Liquide*, etc.) cuando el sistema pretende compensar el coste de obligaciones de servicio público y, por tanto, escapa al concepto de ayuda. Véase el comentario de S. ACIERNO y J. BAQUERO CRUZ: «La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, pgs. 169-190; A. BIONDI: «Justifying State Aid: The Financing of Services of General Economic Interest», T. TRIDIMAS, P. NEBBIA (eds.): *European Union Law for the Twenty-first Century. Rethinking the New Legal Order*, Hart Publishing, Oxford, 2004, vol. 2, pgs. 259-272.

⁶⁹ Siguiendo un encargo de la Comisión, *vid.* el capítulo general del Informe de Expertos sobre ayudas de Estado elaborado en 2006 y disponible en el portal de la Comisión (al que se refiere el Comunicado IP/06/477 de 7 de abril de 2006), Th. JESTAEDT, J. DERENNE y T. OTTENVANGER (coords.): *Study On The Enforcement Of State Aid Law At National Level*, Part I – Application of EC State Aid Rules by National Courts, pgs. 34 y 48-49. En el mismo sentido, M. Karpenschif: *loc. cit.*, pg. 551.

⁷⁰ El Tribunal de Justicia ha reconocido que nos encontramos ante una variante del procedimiento del artículo 226 TCE específicamente adaptada a los problemas peculiares que presentan las ayudas de Estado para la competencia en el mercado común (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1990, C-301/87, Francia c. Comisión [Rec. pg. I-307], apdo. 23, en adelante Sentencia *Boussac*).

falta de ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2005 que declaraba el incumplimiento griego de una Decisión de la Comisión de 2002 relativa a la recuperación de la ayuda evacuada en el asunto *Olympic Airlines*⁷¹.

Aunque las perspectivas de éxito en este recurso son, en mi opinión, todas, convendría retener que su extrapolación al asunto *Lucchini* requeriría de una adaptación similar a la operada en el conocido caso *Comisión c. Italia* de 2003. Reténgase que en aquel caso, el Tribunal de Justicia, sin descartar su posibilidad en abstracto, sostuvo que para poder imputar al Estado un incumplimiento como consecuencia del comportamiento de sus órganos judiciales no bastaba un caso aislado, sino que era necesario que se tratase de una jurisprudencia consolidada, mayoritaria y procedente de los órganos jurisdiccionales superiores⁷². Salvo que se interprete que esta jurisprudencia sólo alcanza al incumplimiento básico (art. 226 TCE) y no a aquél específico en materia de ayudas de Estados que puede declararse por vía del artículo 88.2 TCE, esta jurisprudencia dejaría fuera un supuesto como *Lucchini*. Tampoco sería descabellado aventurar que, de llegar a Luxemburgo como un incumplimiento, se hubiera reproducido el giro imputador de 2003, que habría llevado a atribuir el incumplimiento del Derecho comunitario a la Abogacía General del Estado que actuó en nombre de las autoridades nacionales competentes para otorgar la ayuda y que entendió ajustada a Derecho la Sentencia de 1994, dejando sin tacha al poder judicial italiano.

En todo caso y por lo que se refiere a este marco de comprensión natural o, cuando menos, posible, es evidente que el asunto *Lucchini* por muy diversas razones (y una principal e inapelable es de carácter procesal) no discurre por estos caminos que, no obstante, convendrá retener para un futuro. Ocupémonos, finalmente, del marco de comprensión literal y su lectura potencial.

3.4. El marco de comprensión literal: competencias exclusivas de la Comisión y primacía desnuda del Derecho comunitario

Una vez desechados otros marcos de comprensión, optar por un marco de comprensión literal debe entenderse como lo que es: una forma, a lo mejor

⁷¹ El asunto tiene registro como C-369/07 y queda referido a la Sentencia *Olympic Airlines*. Interesa destacar que la Comisión solicita el pago de una multa coercitiva diaria a partir del momento en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia, pero también de una suma a tanto alzado que resultaría de aplicar esa misma multa diaria al tiempo transcurrido entre la Sentencia de incumplimiento y la sentencia del «procedimiento de ejecución». Sobre la acumulación de ambos tipos de multa aceptada por el Tribunal, véase un excelente comentario de I. MARTÍN DELGADO: «La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, 2005, pgs. 595-626.

⁷² Debe tratarse de una «interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2003, C-129/00, *Comisión c. Italia* [Rec. pg. I-14637], apdo. 32).

no muy clara, de afirmar que aunque existían otras posibilidades la sentencia *Lucchini* abre una nueva línea jurisprudencial que, en buena lógica, queda referida a las condiciones concretas del caso que son elevadas a categoría. A mi juicio, esta opción es más que probable y, además, es bastante digerible, es decir, se encuentra dentro de la ortodoxia comunitaria.

En consecuencia, lo que interesa en este momento es identificar cuáles son los elementos que dan identidad a esta nueva jurisprudencia y en qué medida ello afecta particularmente al principio de cosa juzgada.

Este marco de comprensión literal plantea una primera dificultad derivada del tenor del fallo, que queda referido exclusivamente a la existencia de una ayuda concedida contraviniendo el Derecho comunitario y de una decisión firme de la Comisión que declara su incompatibilidad con el mercado común. En tales casos, la cosa juzgada no puede ser obstáculo para la recuperación. El fallo, por tanto, no hace explícito que la entrega deba suceder a la decisión, es decir, que la entrega se materialice después de haber sido declarada incompatible por la Comisión.

Hay que tener en mente que ayuda entregada y decisión de incompatibilidad conllevan necesariamente que la concesión se ha hecho contraviniendo el Derecho comunitario, con lo que uno de los requisitos queda por definición subsumido en los dos restantes. Y, sin embargo, esos dos requisitos no implican *per se* que la decisión de incompatibilidad se haya emitido con carácter previo a la entrega, ni por demás agotan todos los supuestos de ayudas ilegales: en teoría, esta jurisprudencia no cubriría a la ayuda concedida con violación de la obligación de *standstill*, si posteriormente ha sido declarada compatible con el mercado común, cosa que hemos visto que ocurre sin que desaparezca la obligación de recuperación ni su condición de ayuda ilegal⁷³.

Con esta formulación, además, es dable tener la impresión de que la autoridad de cosa juzgada acaba por resultar inespecífica, es decir, en razón de la primacía del Derecho comunitario se inaplica dicha regla como se inaplicaría otra cualquiera, ya que todo el peso está en la existencia de una decisión firme de la Comisión que declara la incompatibilidad de la ayuda. En este sentido, colocar el peso en la firmeza de la Decisión no resulta, a mi juicio, demasiado afortunado, ya que la Decisión puede ser inválida o, como poco, inexistente⁷⁴. De cualquier modo, esta jurisprudencia ahondaría en el talón

⁷³ Como hemos visto *supra* al tratar de la recuperación de ayudas ilegales, pero de igual manera, tal y como se mencionará *infra*, la decisión de la Comisión declarando una ayuda compatible no tiene por efecto regularizar los actos internos de ejecución de la ayuda cuya validez, en palabras del Tribunal, resulta afectada por la violación del procedimiento previo de control.

⁷⁴ En efecto, mientras que la apreciación «ordinaria» de la ilegalidad puede resultar cerrada por el no ejercicio del derecho de impugnación directa a través del recurso de anulación, es jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con clara inspiración francesa, entender que ello no alcanza a los vicios particularmente graves que determinan no ya la invalidez sino la misma inexistencia del acto. Consúltese, sobre la inexistencia del acto comunitario, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA: *loc cit.*, pgs. 150-ss.; A. ALCOCEBA GALLEGOS: «La inexistencia

de Aquiles del régimen de ayudas de Estado unánimemente señalado por la doctrina de referencia: la penosa situación de los terceros a la hora de defender sus derechos⁷⁵.

Por ello, parece más razonable una segunda opción que sacaría fuerza del razonamiento jurídico del Tribunal para entender que lo característico del supuesto es la invasión por el juez nacional de competencias exclusivas de la Comisión relativas a la declaración de compatibilidad de una ayuda con el mercado común, a lo que se uniría una previa decisión de la Comisión ejerciendo esa competencia y declarando incompatible la ayuda. Esta posición entronca con el discurso consolidado del reparto de competencias entre la Comisión y los jueces nacionales en materia de ayudas de Estado, que el propio Tribunal de Justicia recuerda en los apartados 50 a 52 de la sentencia⁷⁶. En pocas palabras, mientras que los jueces nacionales pueden verse obligados a interpretar el concepto de ayuda o a salvaguardar los derechos de los particulares en aquellos casos en que no se respeta el procedimiento de control previo, a ellos les está vedada la declaración de compatibilidad de la ayuda, que permanece en las manos exclusivas de la Comisión, bajo el control que pueda ejercer la jurisdicción comunitaria⁷⁷.

Esta caracterización posee la virtud de hacer específica la inaplicación de la cosa juzgada, aunque, a su vez, también contenga varios elementos disonantes. Veamos ambas cuestiones. De un lado, la jurisprudencia viene estable-

tencia del acto jurídico comunitario como alternativa a la limitada legitimación activa de particulares en el recurso de anulación. La Reforma del Algodón», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 17, 2006, pgs. 43-55.

⁷⁵ *Ad ex.*, A. SINNAEVE: *loc. cit.*, *passim*, pgs. 1005-1006. Beneficiarios y competidores son considerados como terceros, no son partes en los procedimientos de investigación, en los que son tratados como «fuentes de información». No reciben ninguna notificación, ni se les informa personalmente de importantes comunicaciones (como aquellas que interrumpirían la prescripción) y, sin embargo, transcurridos los dos meses (o incluso, como en este caso, uno solo) para interponer el recurso de anulación, ya no pueden contestar ante el juez nacional la validez de la Decisión de la Comisión. En el lado opuesto, el asunto *Lucchini* cuestiona e inaplica una sentencia interna 13 años después de ganar firmeza.

⁷⁶ *Vid.* sobre este reparto de competencias y sus oscuridades, S. ORTIZ VAAMONDE: «Competencias del Juez nacional en materia de ayudas de Estado», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pgs. 117-130; M. ROSS: «State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems – A Case of Premature Emancipation?», *Common Market Law Review*, vol. 37, núm. 2, 2000, pgs. 401-423; M.L. STRUYS, J. ABBOTT: «The role of national courts in State aid litigation», *European Law Review*, vol. 28, núm. 2, 2003, pgs. 172-189. Puede consultarse también la posición de la Comisión contenida en una Comunicación de 1995, fecha más que significativa, y cuyo objeto básico es ofrecer su disposición para asistir a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus competencias (Comunicación sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado (DO C 312 de 23.11.1995, pgs. 8-13).

⁷⁷ Se trata de jurisprudencia muy consolidada. Las conclusiones del Abogado General L. A. Geelhoed se explayan algo más, mostrando la entrada que los jueces nacionales también poseen en la fase de recuperación de las ayudas (Conclusiones *Lucchini*, puntos 49-61).

ciendo que el juez nacional debe considerar inválidos los actos internos de ejecución de ayudas contrarios al régimen de control previo comunitario⁷⁸. Esta última apreciación estaría en consonancia con el desconocimiento de la autoridad de la cosa juzgada en el caso concreto, pues sería la consecuencia de considerar inválida la sentencia interna. Ya que el Tribunal se guarda de afirmar nada expreso en este sentido, quedaría por determinar si se trata de una mera expresión o fórmula de estilo que remite a lo que fije el Derecho interno⁷⁹, o si nos encontramos materialmente ante una excepción consolidada a la jurisprudencia *INCOGE* o ante una aplicación de la jurisprudencia *Simmethal*⁸⁰. No obstante, toda esta idea, a decir verdad, no casa demasiado bien con la exclusividad de la competencia que, por definición debiera ser indiferente a la sucesión temporal de los actos pertinentes (decisión de la Comisión y sentencia judicial interna)⁸¹.

En todo caso y a mi modo de ver, la disonancia más importante radica en que cargar las tintas en la exclusividad de la competencia de la Comisión puede resultar ser, al final, una trampa. Es verdad que esa exclusividad parecería abundar en la «invalidéz» del acto interno contrario, pero, amén de que el sentido de la afirmación de esta exclusividad es problemático en términos de teoría general competencial⁸², limitarse a esos casos dejaría

⁷⁸ Sentencia de 21 de noviembre de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, C-354/90 (Rec. pg. I-5505), apdo. 12, en adelante Sentencia *FNCE*. No es, en absoluto, un pronunciamiento aislado, *vid.* reciente la Sentencia *Boiron*, apdos. 29 y 38, con amplio respaldo jurisprudencial.

⁷⁹ Que en algunos casos (p. ej. en Alemania) puede efectivamente conllevar la nulidad del acto de concesión (Cfr. A. SINNAEVE: *loc. cit.*, pg. 976, con cita de jurisprudencia interna y apuntes doctrinales).

⁸⁰ La cuestión resulta más que compleja. De un lado, los apdos 12 y 16 de la Sentencia *FNCE* cuyo tenor efectivamente hace alusión a que la validez de los actos internos queda afectada por el desconocimiento del art. 88.3 TCE, venían muy condicionados por el tenor de las preguntas suscitadas por el *Conseil d'État*. En ellos se afirma, además, que los jueces nacionales deben extraer todas las consecuencias de ese desconocimiento, de conformidad con su derecho nacional, con respecto tanto a la validez como a la recuperación de la ayuda. De otro, la jurisprudencia *INCOGE* del Tribunal ha parecido frenar todo efecto de la primacía, distinto de la inaplicación, sobre la validez o existencia de los actos jurídicos internos contrarios al Derecho comunitario, recordando el famoso *dictum* de la Sentencia *Simmethal*, pero sin perjuicio para el juez de elegir el cauce interno que mejor se adapte a la protección de los derechos de los particulares (Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1998, C-10/97 a C-22/97, IN.CO.GE.'90 [Rec. pg. I-6307], apdo. 21).

⁸¹ En efecto, la particularidad de las competencias exclusivas radica en que la desposesión competencial del Estado perdura aun en ausencia de ejercicio por parte de la Comunidad, lo que casa mal con la idea de que esta jurisprudencia reacciona contra los efectos jurídicos que pueda producir un pronunciamiento judicial que otorga una ayuda en contra de lo prescrito por una decisión de la Comisión.

⁸² Véase en este sentido, J. DIEZ-HOCHLEITNER: «El sistema competencial comunitario ante la CIG'04: los trabajos de la Convención», en D. LIÑÁN NOGUERAS (dir.): *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, 2003, 27-81, especialmente pg. 37; L. HINOJOSA MARTÍNEZ: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pgs. 81-91; J. MARTÍN Y PÉREZ

fuera del alcance de esta jurisprudencia aquellos otros en los que no existe exclusividad y no parece lógico, por ejemplo, que la solución sea distinta en caso de que el juez se pronuncie, en lugar de sobre la compatibilidad con el mercado común, sobre el carácter de ayuda de Estado que tenga una medida concreta. Resultaría, así, una especie de diferenciación en la primacía según la naturaleza exclusiva o concurrente de la competencia comunitaria, dando lugar a una primacía de primera y una primacía de segunda que, si no es rechazable *ab initio*, sí requeriría, desde luego, más elaboración.

Por último, es oportuno advertir que, se trate de competencia exclusiva o no, al basarse el Tribunal de Justicia en la primacía del Derecho comunitario (señaladamente en la primacía de la regla que otorga la competencia exclusiva de la apreciación de la compatibilidad de las ayudas de Estado a la Comisión), esta jurisprudencia tendrá el alcance que tiene ese principio, esto es, excederá con largueza del contexto jurisdiccional. Por tanto, la obligación de dejar inaplicada la norma nacional que protege la autoridad de la cosa juzgada llegará no sólo a los jueces, sino a todas las autoridades del Estado, como tiene establecido jurisprudencia comunitaria bien asentada⁸³. Siendo esto poco discutible, sí es necesario reiterar aquí la llamada de atención sobre la debilidad de la posición de los terceros (entre los que se incluye el beneficiario de la ayuda ilegal) para la defensa judicial de sus derechos, posición que queda agravada por las consecuencias extra-judiciales de la primacía del Derecho comunitario⁸⁴.

En suma, con respecto a este marco de comprensión literal cabe señalar, en primer lugar, que la identificación de la especie no ha resultado demasiado feliz en la Sentencia *Lucchini*, lo que puede dar lugar a incertidumbres en los operadores jurídicos y económicos, demandando ulteriores aclaraciones. En mi opinión, este supuesto se identifica esencialmente por dos elementos: 1) decisión de la Comisión que declara la incompatibilidad de la ayuda y 2) pronunciamiento judicial interno posterior que, bien autoriza, bien impone su concesión. Dado que la sentencia interna invade competencias comunitarias, no puede ver reconocidos efectos (en virtud de la primacía) y, en consecuencia, debe descartarse todo reconocimiento de autoridad de cosa juzgada como excepción impeditiva de la recuperación (o bien, obstativa de la entrega).

En esos términos, esto es, ceñida a ese supuesto específico, las consecuencias de esta jurisprudencia como su mismo contenido suponen, ciertamente,

DE NANCLARES: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pgs. 153-ss., en especial 196-205.

⁸³ Así, Sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, 103/88, Fratelli Costanzo (Rec. pg. 1839) apdo. 33; de 29 de abril de 1999, C-224/97, Erich Ciola (Rec. pg. I-2517), apdo. 30 y de 9 de septiembre de 2003, C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (Rec. pg. I-8055), apdo. 53.

⁸⁴ Reténgase que la excepción a la autoridad de cosa juzgada va en contra del juez nacional y éste es el centro donde el particular puede realmente hacer valer sus derechos, al menos hasta que exista una decisión de la Comisión (Cfr. S. ORTIZ VAAMONDE: *loc. cit.*, pg. 126).

una novedad, un avance de primera magnitud al consagrar una excepción al principio de cosa juzgada, sin que convenga tampoco dramatizar en exceso. Evidentemente, lo problemático y lo revolucionario (en el peor sentido, de subversor del orden jurídico) se encuentra en las lecturas que por analogía pudiera suscitar (que, sin duda, lo hará), buscando, por esta vía de primacía inaplicativa de la cosa juzgada, la reversión de toda violación del Derecho comunitario, que es lo que, hablando en puridad y sin artificios dialécticos, ha hecho la sentencia *Lucchini*⁸⁵.

Existe, sin embargo, tal como yo veo esta materia, un error de base consistente en reconocer un reparto de competencias entre los jueces nacionales y la Comisión. Vaya por delante que la atribución de competencias sobre la que se erige el entramado de la integración europea no exige mantener las competencias transferidas en el mismo patio: basta ver cuántas competencias legislativas (en su sentido más puro de principio de reserva de ley) han dejado de recaer sobre órganos con representatividad democrática directa. No obstante, puede convenirse en que resulta, cuando menos, anómalo asumir que existe un reparto de funciones entre órganos judiciales y ejecutivos, de tal suerte que haya resultado al final un espacio carente de fiscalización judicial. Si esto fuera así, se trataría de una grave anomalía dentro de una «Comunidad de derecho», que han puesto en pie «Estados de derecho»⁸⁶.

Inmediatamente se percibe el desenfoque: no existe tal espacio carente de supervisión jurisdiccional, la competencia de la Comisión se ejerce «bajo control del juez comunitario». Efectivamente así es, aunque tengamos que admitir en esa fiscalización la pervivencia de alguna particularidad de discutible alcance, donde no entrará⁸⁷. Lo que me interesa destacar aquí es que

⁸⁵ Es bien difícil entender que un Tribunal se pronuncia sobre lo que no es debatido, por más que existan pronunciamientos implícitos que pasan en autoridad de cosa juzgada. El gran obstáculo del marco de comprensión literal, como del potencial, es entender que se produce una invasión de competencias donde sencillamente hay una violación burda del Derecho comunitario.

⁸⁶ Como ha señalado el Tribunal de Justicia en muchas ocasiones desde su jurisprudencia seminal en el asunto *Los Verdes*. Aunque es cierto que la situación del principio de sometimiento al derecho tiene unos contornos más complicados, en particular por su relación con el principio de efectividad (*vide* la breve, pero ilustrativa, reflexión de A. VON BOGDANDY: «Constitucional Principles», en A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.): *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishin, Oxford, 2006, pgs. 15-20; *in extenso* M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN: *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer Law International, 1999), me parece que todas esas zonas grises no atañen a este ámbito, es decir, no justificarían una excepción desde ningún punto de vista: competencial, temporal, institucional o meramente técnico-jurídico.

⁸⁷ Se trata, naturalmente, de la fiscalización jurisdiccional de la discrecionalidad reconocida a la Comisión en materia de apreciación de la compatibilidad de la ayuda, donde convergen instrumentos jurídicos formales e informales e intensidades variables de *judicial review* en el control de dicha discrecionalidad (sobre la construcción teórica del control de la discrecionalidad en un contexto internacional, puede verse P. MARTÍN RODRÍGUEZ: *Flexibilidad y tratados internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, pgs. 147-152, específicamente sobre el marco comunitario de inspiración francesa es esclarecedor el enfoque anglosajón de P. CRAIG (*vid.* «Law, Fact and Discretion», en P. CRAIG: *EU Administrative Law*, OUP,

en ese discurso consolidado que abrazamos jurisprudencia, instituciones y doctrina científica, las competencias del Tribunal de Justicia son instrumentales a las competencias de la Comisión: la jurisprudencia *Foto-Frost* y *National Farmers' Union* se utiliza para blindar las competencias de la Comisión, es decir, para hacer inatacable la decisión de ésta⁸⁸.

La visión opuesta resulta, a mi juicio, bastante más lógica: es el hecho de que sólo la Comisión puede declarar la compatibilidad de la ayuda lo que consagra ineluctablemente la competencia jurisdiccional exclusiva del juez comunitario sobre esa materia, desposeyendo de cualquier competencia a los órganos judiciales nacionales⁸⁹. El reparto no se produce entre Comisión y jueces nacionales, sino entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los jueces nacionales. Esta, creo yo, debiera ser la consecuencia de que, como aludía el Abogado General L. A. Geelhoed, este supuesto deba resolverse principalmente «en la esfera del Derecho comunitario»⁹⁰. Este orden de consideraciones hace comprensible la búsqueda de un marco de comprensión potencial, que coloque la cuestión en términos estrictamente jurisdiccionales, terreno donde, además, sería postulable como un límite al principio de cosa juzgada. Nos ocupamos con brevedad de él para concluir este estudio.

4. UN MARCO DE COMPRESIÓN POTENCIAL: LOS LÍMITES A LA COSA JUZGADA EN EL SISTEMA EUROPEO DE COOPERACIÓN JUDICIAL

Es claro que lo que se propone aquí es una «lectura a la Foto-Frost» del asunto *Lucchini*⁹¹. A mi juicio, lo que identifica y hace específico este supuesto es que la sentencia de la *Corte d'appello di Roma* (como la sentencia de instancia) al acordar la subvención, invalida de una forma no por implícita menos clara la Decisión 90/555/CECA y, en consecuencia, invade las competencias del Tribunal de Justicia en lo tocante a la afectación de los efectos jurídicos de los actos comunitarios. O, al menos, seamos honestos,

Oxford, 2006, pgs. 429-481). La cuestión excede del objetivo de este trabajo, pero, a mi juicio, la jurisprudencia ha privilegiado, en exceso, la posición de la Comisión frente a la del Consejo, los Estados, los particulares o la del propio TJCE.

⁸⁸ Sentencia *Lucchini*, apdos. 53-57. Igualmente Conclusiones *Lucchini*, punto 82.

⁸⁹ En ese «sistema de vasos comunicantes», como lo describe K. LENAERTS: «The Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty: a Coherent and Complete System of Judicial Review», en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffrè, Milán, 1998, vol. II, pgs. 591-623.

⁹⁰ Conclusiones *Lucchini*, punto 48.

⁹¹ Se trata, como es bien sabido, de la jurisprudencia que sustrae a la competencia de los tribunales nacionales la declaración de invalidez de los actos comunitarios, generando en consecuencia una obligación de formulación de la cuestión prejudicial de apreciación de validez. Dicha jurisprudencia sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987, 314/85, Foto-Frost (Rec. pg. 4199) ha sido confirmada recientemente sin matiz por Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de diciembre de 2005, C-461/03, Gaston Schul (Rec. pg. I-10513).

no menos claramente de lo que las sentencias italianas invadieron las competencias de la Comisión «pronunciándose» sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común. Es oportuno insistir en que dicha invasión se hubiese producido de igual manera, entiendo yo, si, en lugar de discutir acerca de la compatibilidad con el mercado común (lo que en el fondo el juez italiano nunca hizo), la sentencia interna se hubiera pronunciado negándole la naturaleza de ayuda de Estado en contradicción con una decisión previa de la Comisión⁹².

Por esta razón, ya que se plantea en términos de invasión de competencias, me parece que no es cuestión de reparto de competencias, en su caso exclusivas, entre Comisión y jueces nacionales, sino entre tribunales exclusivamente⁹³. Lo interesante está en que, aferrándose a ese discurso entre intuitivo y pragmático, el Tribunal de Justicia ha perdido una mejor oportunidad de establecer cuáles son los efectos de una sentencia interna que invade competencias jurisdiccionales exclusivas del juez comunitario.

Poca duda cabe de que esta cuestión se desenvuelve en uno de los terrenos más delicados y apasionantes del ya jugoso debate *post-constitucional* europeo: aquel que toca a los jueces internos dentro del sistema jurisdiccional europeo⁹⁴. Sobre él no podemos alargarnos en este momento, baste con avanzar que, a nuestro juicio, los elementos «federalizantes» son todavía una *rara avis*, o más bien una anomalía, dentro de un sistema que es aún en esencia horizontal o de cooperación judicial⁹⁵, sin un horizonte inmediato de cambio⁹⁶. Por demás, no me parece apropiado tratar tangencialmente aquí un

⁹² Aunque el caso mantiene claras distancias, por inexistencia de decisión previa, cumplimiento del deber de notificación y transcurso de un plazo de tiempo sin apertura del procedimiento formal de investigación que conlleva una autorización tácita (jurisprudencia *Lorenz*), justo sobre esa teórica competencia compartida se apoyaba en sus reflexiones la STS de 11 de junio de 2001, relativa a los costes de transición a la competencia de la empresas eléctricas (*vid.* A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L. CARDERERA PELLEGRIN: «El control judicial de la aplicación de la normativa comunitaria de ayudas de Estado: Análisis de precedentes jurisprudenciales recientes», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 223-224, 2003, pgs. 9-19).

⁹³ O bien es básicamente una violación del Derecho comunitario y, por ello, el marco jurídico es la responsabilidad del Estado y demás consecuencias usuales, o bien es una sentencia dictada por órgano judicial incompetente, por cuya razón queda invalidada sin alcanzar firmeza ni pasar en autoridad de cosa juzgada. Con independencia de lógicas jurídicas, más vale augurar lo probable, esto es, que la jurisprudencia *Lucchini* se consolide como un apéndice más de la teoría del reparto de competencias entre jueces nacionales y Comisión.

⁹⁴ Desarrollando la teoría del mandato, *vid.* la sobresaliente monografía de M. CLAES: *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

⁹⁵ Aunque sostienen una opinión distinta, que no contradictoria con la que se mantiene en este trabajo, deben consultarse con referencia a los rasgos federalizantes del sistema judicial, los excelentes trabajos de D. SARMIENTO: *Poder judicial e integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004 y J. KOMÁREK: «Federal Elements...», *loc. cit.*, pgs. 9-34.

⁹⁶ Como se ha dicho, el sistema de Niza en poco se veía alterado por el Tratado Constitucional Europeo y, salvo sorpresa de última hora, es improbable que lo vaya a ser por el inminente Tratado de Lisboa. La bibliografía relativa a las incidencias del Tratado Constitucional sobre el sistema jurisdiccional es ingente, como cualquier otra dimensión de la «Constitución Europea». Sin la menor pretensión de exhaustividad, puede consul-

debate que, en mi opinión, ha alcanzado unas cotas de profundidad en el análisis, apertura en la reflexión, intensidad en su conexión con la realidad jurídica y dominio en las prolongaciones técnicas, poco habituales en un patio discursivo como el europeo tan propicio a nominalismos de moda.

Si la salida a los problemas del sistema que hoy casi nadie discute se atisba a través de un mecanismo casacional o para-casacional, de la emancipación de los tribunales nacionales frente a una tutela excesiva del Tribunal de Justicia o de reajustes técnicos de mayor o menor alcance en los mecanismos jurisdiccionales existentes (y muy particularmente del reenvío prejudicial), serán cuestiones sujetas a un debate que no auguro apagado, pero constituyen en todo caso una opción de futuro⁹⁷.

Por ahora, atengámonos a que el sistema descansa a partes seguramente desiguales en la autoridad y capacidad persuasiva de su discurso jurídico y en la fluidez de los cauces de comunicación interjudiciales. Ahora bien, es verdad que en esta tesitura, una vez explotadas las vías «civilizadas» de la promoción y la persuasión prejudicial, sólo quedan dos opciones y ninguna sencilla: activación de la responsabilidad del Estado o afectación de la cosa juzgada *stricto sensu*.

Esta segunda vía, que es la que ahora nos ocupa, plantea dos graves problemas en mi opinión: su geometría variable⁹⁸ y su articulación procesal. Sobre ambos, genera complejidad adicional el hecho de que nos enfrentemos a un sistema descentralizado, que algunos denominan dual (*twofold*)⁹⁹, pues

tarse: P. CRAIG: *op. cit.*, pgs. 283-312; K. LEANERTS, I. MASELIS: «Le système juridictionnel», en M. DONY, E. BRIBOSIA (eds.): *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2005, pgs. 219-239; J. LIMBACH: «The Expanding Role of the National Courts and the EU Constitution» y A. GEELHOED: «The Expanding Jurisdiction of the EU Court of Justice», en D. CURTIN, A. E. KELLERMANN, S. BLOCKMANS (eds.): *The EU Constitution: The Best Way Forward?*, Asser Press, La Haya, 2005, pgs. 373-376 y 397-408, respectivamente.

⁹⁷ Además de las ya citadas, me parecen que meritan no sólo lectura sino reflexión, recientes aportaciones con muy distintas propuestas como las de J. BAQUERO CRUZ y D. CHALMERS contenidas en L. AZOULAI, L. BURGOGUE-LARSEN (eds.): *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2006, pgs. 67-118 y 241-266; J. KOMÁREK: «In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure», *European Law Review*, vol. 32, 2007, pgs. 467-491; S. PRECHAL: «National Courts in EU Judicial Structures», *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pgs. 429-450. La excepción (¡y qué excepción!) puede venir del discurso institucional donde la confianza en el sistema de Niza no tiene visos de haber desaparecido a tenor de los pronunciamientos de la Comisión y del Presidente del Tribunal de Justicia V. Skouris (Cfr. J. KOMÁREK: *ibidem*, pg. 479). Parece compartir este optimismo A. ARNULL: *The European Union and its Court of Justice*, OUP, Oxford, 2ª ed., 2006, pg. 153.

⁹⁸ El alcance que el Tribunal de Justicia atribuye a la cosa juzgada ofrece un amplio abanico, sin una clara fundamentación, entre la concepción estricta de *Köbler o Lucchini* y amplia de *P & O Ferries* se encuentran las discutidas aproximaciones al objeto del proceso entre la litispendencia y la conexidad en el contexto del reconocimiento de sentencias entre EEMM fundado en el actual Título IV TCE.

⁹⁹ A. W. MEIJ: «Constitutionalizing Effective Remedies: Too Much on EU Courts, Too Little on National Courts», en D. CURTIN, A. E. KELLERMANN, S. BLOCKMANS (eds.): *The EU*

reténgase que la cosa juzgada, con los enormes desafíos teóricos que incorpora¹⁰⁰, al menos se resuelve en los ordenamientos internos sobre una organización judicial piramidal que aquí ni siquiera existe. Naturalmente, eso facilita las geometrías diversas, al tiempo que dificulta su articulación procedimental.

No obstante, tener en mente que el sistema europeo de cooperación judicial se soporta sobre la atribución de competencias al TJCE permitiría ceñir con algo más de claridad el supuesto, postulando como límite a la cosa juzgada de las sentencias nacionales la invasión de las competencias jurisdiccionales exclusivas de aquél. No resultaría aquí demasiado difícil argumentar esta excepción (bastante más digerible para un juez nacional) que, por ejemplo, en España podría llevar a la nulidad radical de las actuaciones judiciales por falta de jurisdicción o competencia (objetiva o funcional)¹⁰¹. El efecto útil de las disposiciones que atribuyen competencias al TJCE, la uniformidad y la plena eficacia del Derecho comunitario, y en suma, todos los pilares materiales de argumentación usados por el TJ para sustentar el sistema de la primacía (incluido aquí el de la tutela judicial efectiva, bajo la forma del juez predeterminado por la ley), justificarían que se pudiera alegar semejante violación, persiguiendo la revisión de la sentencia dictada por juez incompetente. Justo es reconocer que las imbricaciones con el tema más discutido del alcance de la autoridad de cosa juzgada se mostrarían especialmente ampulosas en el supuesto de construir la violación del art. 234.3 TCE también como una invasión competencial a lo que, en principio, no cabría cerrarse¹⁰².

Constitution: The Best Way Forward?, Asser Press, 2005, La Haya, *passim*, pg. 414. Creo que no es demasiado apropiado esta imagen dual, pues en la realidad la conformación es más bien de 1 + 27, la identidad no se produce en la conformación de los 27 aparatos judiciales, por más que tengan que cumplir con el «mandato europeo».

¹⁰⁰ Vid. el reciente trabajo, algo iconoclasta, de J. NIEVA FENOLL: *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, por comparación con las visiones, más tradicionales (que no coincidentes) de I. TAPIA FERNÁNDEZ: *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pgs. 135-215; J. MONTERO AROCA: «La cosa juzgada. Conceptos generales» y J.L. GONZÁLEZ MONTES: «Distinción entre cosa juzgada y otros efectos de la sentencia», en *Efectos jurídicos del proceso. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pgs. 67-109 y pgs. 111-136, respectivamente.

¹⁰¹ A. de la OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ; J. VEGA TORRES: *Derecho Procesal. Introducción*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2004, pgs. 284-318; J. BANALOCHE PALAO, F. GASCÓN INCHAUSTI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHE, E. VALLINES GARCÍA: *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson, Madrid, 2005, pgs. 95-255.

¹⁰² Ciertamente, la relación entre la jurisdicción y competencia del tribunal y la violación del derecho a la tutela judicial efectiva es muy complicada, porque teniendo como campo común la dimensión del derecho al juez predeterminado por la ley, no ofrece una respuesta clara respecto de la afectación de la cosa juzgada. Sin embargo, la construcción no es tan estrambótica, en una mirada más atenta, tras esa construcción se encuentran las jurisprudencias constitucionales que articulan el incumplimiento del deber de formular cuestión prejudicial como una violación del derecho al juez predeterminado por la Ley (*vid.* R. ALONSO GARCÍA: *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pgs. 282-302; P. MARTÍN RODRÍGUEZ: «La cuestión prejudicial como garantía

Llegados hasta este punto, poca duda cabe de que se podría operar mediante la alegación simple y llana de la primacía, inaplicando la sentencia interna o teniéndola por no dictada. Sin embargo, a mi modo de ver, con vendría que el Tribunal de Justicia comenzase a extraer consecuencias del principio del respeto a la identidad de las estructuras constitucionales nacionales, lo que implicaría, al menos, evitar las anomalías constitucionales siempre que esto sea posible, es decir, sin poner en cuestión la efectividad del Derecho comunitario¹⁰³. De esta manera, creo que la neutralización de una sentencia no puede proceder más que a través de un procedimiento también judicial, como puede ser un recurso extraordinario de revisión.

Aunque no se escapa que esta opción presenta también serias dificultades¹⁰⁴, entiendo que resultaría más apropiado alinear esta vía al modo en que opera la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario, esto es, como un derecho (*remedy*) que emerge del ordenamiento comunitario (al menos, cuando él lo establece), pero que se instrumenta por las vías procesales que fije el Derecho interno. Planteado en los familiares términos de la autonomía procedimental, serían pertinentes los principios de equivalencia y efectividad, que obligarían a que fuera de aplicación una regulación no más gravosa que la que el ordenamiento nacional establezca para la impugnación de sentencias dictadas en casos similares (por órgano manifiestamente incompetente), siempre que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la consecución de la revisión¹⁰⁵.

constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, vol. 72, pgs. 315-346).

¹⁰³ Concepto por otra parte, muy necesario de someterlo a discusión, vid. M. Ross: «Effectiveness in the European Legal Order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?», *European Law Review*, vol. 31, 2006, pgs. 476-498.

¹⁰⁴ Y, entre ellas, lo dispar de las reglamentaciones nacionales sobre estos extremos no es de las menores (véase, por ejemplo, con respecto a los tribunales Contencioso-Administrativos el informe general resultante de su VIII Congreso «The Execution of Decisions of the Administrative Court», Internacional Association of Supreme Administrative Courts, Madrid, 2004, pgs. 14-ss., <http://www.iasaj.org>).

¹⁰⁵ Al igual que ocurre con la responsabilidad del Estado por actos judiciales, este mecanismo hurta al TJ la autoridad última sobre este instrumento y al mismo tiempo lo convierte en una arma subsidiaria que actúa con un notorio retraso en el tiempo. Sin embargo, en ambos supuestos, debe asumirse lo excepcional de la situación y, en última instancia, cabría proponer una vigilancia más estrecha y una jurisprudencia más estricta sobre estos pronunciamientos, fundada en su naturaleza de último recurso (por ejemplo, bastando una sola sentencia interna para considerar que el Estado ha incumplido el Derecho comunitario).