

No obstante, no se debe confundir este plazo preclusivo de dos meses -en el que el interesado habrá de cumplir las formalidades aduaneras precisas para la efectividad del derecho a la devolución una vez concedida esta- con los plazos a que se refiere el CA, anteriormente analizados. No hay que olvidar que aquellos son unos plazos para la presentación de la solicitud, mientras que el plazo de dos meses a que alude su Reglamento de Aplicación es un plazo para lograr la efectividad de la decisión favorable a la petición de restitución.

F) Cuantía de la devolución.

Prevé el artículo 240⁸⁷⁷ del CA que sólo se procederá a la devolución de derechos de importación y exportación cuando el importe de la restitución sobrepase una cuantía determinada.

Y el artículo 898⁸⁷⁸ del RA de aquel Código fija la cuantía en diez ecus.

No obstante, ello no impide que las autoridades aduaneras permitan la presentación de una solicitud de devolución y cursen posteriormente la misma aunque sea de cuantía inferior.

⁸⁷⁷ Artículo 240 del CA:

"Sólo se procederá a la devolución o a la condonación de los derechos de importación o de exportación en las condiciones previstas por el presente Capítulo si el importe que se ha de devolver o condonar excediere de una cuantía determinada con arreglo al procedimiento del Comité.

No obstante, las autoridades aduaneras también podrán cursar una solicitud de devolución o de condonación por una suma inferior a esta cuantía".

⁸⁷⁸ Artículo 898 del RA:

"La cuantía prevista en el artículo 240 del Código queda fijada en 10 ecus".

G) Supuestos especiales.

El *primer supuesto*⁸⁷⁹ se refiere a una solicitud de devolución fundamentada -en el momento en que se admitió la declaración de despacho a libre práctica de las mercancías- en la existencia de un derecho de importación reducido o nulo aplicable en el ámbito de un contingente arancelario, de un límite máximo arancelario u otro régimen arancelario preferencial.

En este caso, la devolución sólo será concedida siempre que en la fecha en que se presentó la solicitud correspondiente se hubieren adjuntado los documentos que acrediten estas dos condiciones:

- 1° Que no se haya agotado el volumen de un contingente arancelario, si de este régimen se tratara.

⁸⁷⁹ Artículo 889 del RA:

"1. Cuando la solicitud de devolución o condonación se base en la existencia, en la fecha de admisión de la declaración de despacho a libre práctica de las mercancías, de un derecho de importación reducido o nulo aplicable en el marco de un contingente arancelario, de un límite máximo arancelario u otro régimen arancelario preferencial, la devolución o condonación sólo se autorizará cuando en la fecha de presentación de la solicitud de devolución o de condonación acompañadas de los documentos necesarios:

-si se trata de un contingente arancelario, no se haya agotado el volumen de este,

-en los demás casos, no se haya restablecido el derecho normalmente debido.

No obstante, la devolución o condonación se concederá, incluso si las condiciones previstas en el párrafo anterior no se cumplen cuando, como consecuencia de un error cometido por las mismas autoridades aduaneras, el derecho reducido o nulo no se haya aplicado a mercancías cuya declaración de despacho a libre práctica contuviera todos los elementos y estuviera acompañada de todos los documentos necesarios para la aplicación del derecho reducido o nulo.

2. Los Estados miembros remitirán a la Comisión la lista de casos, expuestos de manera sucinta, en los que se aplica el párrafo 2 del apartado 1. Se aplicarán los apartados 2, 3 y 4 del artículo 870".

2° Que no se haya restablecido el derecho normalmente debido, en los restantes supuestos.

Cabe la posibilidad de que, pese a no cumplirse las circunstancias señaladas anteriormente, la devolución solicitada sea concedida. Ello sucederá cuando, aun habiéndose presentado correctamente la declaración de despacho a libre práctica, el derecho aduanero reducido o nulo no se haya aplicado a mercancías que gocen de un régimen preferencial por causa de un error cometido por la autoridad aduanera.

El *segundo supuesto*⁸⁸⁰ consiste en la posibilidad de que de los documentos aportados con la solicitud de devolución -certificado de origen, certificado de circulación, documento de tránsito comunitario interno-, se infiera que las mercancías importadas hubieran podido beneficiarse, cuando se admitió la declaración del despacho a libre práctica, de un tratamiento comunitario o de un tratamiento arancelario preferencial.

En tal caso, la autoridad aduanera sólo concederá la devolu-

⁸⁸⁰ Artículo 890 del RA:

"Cuando en apoyo de la solicitud de devolución o condonación, se presente un certificado de origen, un certificado de circulación, un documento de tránsito comunitario interno o cualquier otro documento apropiado que acredite que las mercancías importadas hubieran podido, en el momento de la admisión de la declaración del despacho a libre práctica, beneficiarse de un tratamiento comunitario o de un tratamiento arancelario preferencial, la autoridad aduanera de decisión sólo dará un curso favorable a dicha solicitud si está debidamente demostrado que:

-el documento así presentado se refiere específicamente a las mercancías consideradas y se cumplen todas las condiciones relativas a la admisión de dicho documento,

-se cumplen todas las demás condiciones para la concesión del tratamiento arancelario preferencial,

-la devolución o condonación se efectuará previa presentación de las mercancías. Cuando no puedan presentarse las mercancías a la aduana de ejecución, esta sólo autorizará la devolución o la condonación si de los elementos de control de que dispone se deduce sin ninguna duda que el certificado o documento presentado a *posteriori* se refiere a dichas mercancías".

ción cuando se demuestre:

1° Que el documento presentado se refiere concretamente a las mercancías consideradas y se cumplen todos los requisitos exigidos para la admisión de dicho documento.

2° Que se reúnen las restantes condiciones requeridas para la concesión del tratamiento arancelario preferencial.

3° Cuando la aduana de ejecución deduzca sin ninguna duda, de los elementos de control de que dispone, que el certificado o documento adjuntado *a posteriori* se refiere a las mercancías que ante ella debían haberse presentado para efectuar la devolución solicitada.

El *tercer supuesto*⁸⁸¹ afecta a la concesión de la devolución de derechos aduaneros respecto de mercancías agrícolas, en el ámbito de la política agrícola comunitaria.

Sólo se concederá tal devolución cuando se demuestre que las autoridades aduaneras han anulado los efectos del certificado de importación o del certificado de fijación anticipada, en cuya virtud se realizó la operación de importación de tales productos agrícolas.

El *cuarto supuesto* se refiere a aquellos casos en que la de-

⁸⁸¹ Artículo 896 del RA:

"1. Las mercancías que, en el marco de la política agrícola común, se incluyan en un régimen aduanero que implique la obligación de pagar derechos de importación al amparo de un certificado de importación o de un certificado de fijación anticipada, sólo disfrutarán de los beneficios previstos en los artículos 237 a 239 del Código si se demuestra, a satisfacción de la aduana mencionada en el artículo 879, que han sido adoptadas por las autoridades competentes las medidas necesarias para anular los efectos del certificado bajo cuyo amparo se haya realizado esta operación de importación.

2. El apartado 1 se aplicará igualmente en caso de reexportación, de almacenamiento en depósito aduanero, zona franca o depósito franco, o de destrucción de las mercancías".

volución se solicita sólo respecto de una parte de la mercancía, pues la exportación, reexportación, destrucción u otro destino aduanero autorizado no afecta a la totalidad de un material.

Ante esta circunstancia⁸⁸², el artículo 897 del RA prevé que " ... la devolución ... consistirá en la diferencia entre la cuantía de los derechos de importación correspondientes al material completo y la cuantía de los derechos de importación correspondientes al material restante, si este último hubiera sido incluido sin modificar en un régimen aduanero que implicara la obligación de pagar tales derechos en la fecha en la que se hubiera realizado esta inclusión del material completo".

Por último, el procedimiento para la decisión de la concesión o no de la devolución puede determinar la condición de *mercancías no comunitarias*⁸⁸³ respecto de:

⁸⁸² Artículo 897 del RA:

"Cuando la exportación, reexportación, la destrucción o cualquier otro destino autorizado no afecte a un material completo, sino a una o varias partes separadas o a uno o varios elementos de este material, la devolución o la condonación consistirá en la diferencia entre la cuantía de los derechos de importación correspondientes al material completo y la cuantía de los derechos de importación correspondientes al material restante, si este último hubiera sido incluido sin modificar en un régimen aduanero que implicara la obligación de pagar tales derechos en la fecha en la que se hubiera realizado esta inclusión del material completo".

⁸⁸³ En sus definiciones de base, el CA considera como *mercancías no comunitarias* (artículo 4.8) a aquellas que no se pueden incluir en el concepto de *mercancías comunitarias* y a aquellas mercancías comunitarias que hayan perdido esta condición al salir efectivamente del territorio aduanero de la CE.

El artículo 4.7 del cuerpo normativo citado define las mercancías comunitarias como las mercancías que:

-se obtengan totalmente en el territorio aduanero de la Comunidad, en las condiciones contempladas en el artículo 23, sin agregación de mercancías importadas de países o territorios que no formen parte del territorio aduanero de la Comunidad,

-se hayan importado de países o territorios que no formen parte del territorio aduanero de la Comunidad y que se hayan despachado a libre práctica.

1° Los residuos y desperdicios que se originen a consecuencia de la destrucción -autorizada por la autoridad aduanera- de una mercancía⁸⁸⁴.

2° Las mercancías que, por condicionarse la devolución a la exportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad, se hayan incluido -a petición del interesado y con vistas a su reexportación- en el régimen de tránsito externo o de depósito aduanero, almacenándose en depósitos o zonas francas⁸⁸⁵.

-se obtengan en el territorio aduanero de la Comunidad a partir de las mercancías a que se hace referencia en el segundo guión exclusivamente, o bien a partir de las mercancías a que se hace referencia en los guiones primero y segundo.

Hay que tener en cuenta también que las mercancías no comunitarias pueden ser objeto de alguno de los siguientes *destinos aduaneros* (inclusión de las mercancías en un régimen aduanero):

- 1° Reexportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad.
- 2° Destrucción.
- 3° Abandono en beneficio del Erario Público.

⁸⁸⁴ Artículo 894 del RA.

"Cuando la destrucción de la mercancía autorizada por la autoridad aduanera de decisión origine residuos y desperdicios, estos se considerarán como mercancías no comunitarias en cuanto se adopte una decisión favorable a la solicitud de devolución o condonación".

⁸⁸⁵ Artículo 895 del RA.

"Cuando se conceda la autorización contemplada en el segundo párrafo de la letra b) del apartado 2 del artículo 238 del Código, las autoridades aduaneras adoptarán todas las disposiciones necesarias para que las mercancías almacenadas en depósito aduanero, zona franca o depósito franco puedan ser posteriormente reconocidas como mercancías comunitarias".

El artículo 238.2 b) del CA, por su parte, determina:

"2. La devolución o la condonación de los derechos de importación se supeditará:

b) a la exportación de estas mercancías fuera del territorio aduanero de la Comunidad.

A petición del interesado, las autoridades aduaneras permitirán que la exportación de las mercancías se sustituya por su destrucción o bien por su inclusión, con miras a su reexportación, bajo el régimen de tránsito externo, bajo el régimen de depósito aduanero, en una zona franca o en un depósito franco.

Para recibir uno de estos destinos aduaneros, las mercancías se consideran como no comunitarias".

1.3. PROCEDIMIENTO ESPECIFICO PARA LA DEVOLUCION DE INGRESOS ADUANEROS INDEBIDOS EN LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 239 DEL CA⁸⁸⁶.

1.3.1. **DECISIONES QUE DEBERAN ADOPTAR LAS AUTORIDADES ADUANERAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.**

Se contienen en los artículos 899 a 904 del RA.

A) Concesión de la devolución.

Con carácter general, la autoridad aduanera de decisión concederá la devolución del importe de los derechos aduaneros después de haber comprobado que la solicitud de restitución presentada se fundamenta en alguno de las motivos que se detallan en los artículos 900 y 901 del RA⁸⁸⁷, sin que se haya apreciado culpa o negligencia manifiesta en el interesado⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ El derecho a la devolución contemplado en el artículo 239 del CA puede surgir por situaciones particulares que resulten de circunstancias que no impliquen ni maniobra ni negligencia manifiesta del interesado.

⁸⁸⁷ Los artículos 900.1 y 901.1 del RA desarrollan el motivo de devolución por *situaciones especiales* a que se refiere el artículo 239.1 del CA.

⁸⁸⁸ Artículo 899 del RA.

"Sin perjuicio de otras situaciones que deban apreciarse caso por caso en el marco del procedimiento previsto en los artículos 905 a 909, y cuando la autoridad aduanera de decisión, a la que se hubiere presentado la solicitud de devolución o de condonación mencionada en el apartado 2 del artículo 239 del Código, comprobare:

-que los motivos invocados en apoyo de dicha solicitud corresponden a una de las situaciones descritas en los artículos 900 a 903, y que no hay culpa ni negligencia manifiesta por parte del interesado, concederá la devolución o condonación del importe de los derechos de importación de que se trate.

En particular, también se concederá la devolución de los derechos de exportación abonados, una vez se hayan despachado a libre práctica las mercancías de retorno, tras su exportación fuera del territorio de la CE⁸⁸⁹ (aun cuando aquellas sean sólo una porción de las que inicialmente se exportaron)⁸⁹⁰.

B) Negativa a la solicitud de devolución.

La autoridad aduanera de decisión no concederá la devolución solicitada cuando comprobare que los motivos que se invocan en apoyo de la misma, corresponden a una de las situaciones que excluyen tal restitución, a saber⁸⁹¹:

Se considerará como interesado a la o las personas a que se refiere el apartado 1 del artículo 878 o a sus representantes, así como, en su caso, a cualquier otra persona que haya intervenido en el cumplimiento de las formalidades aduaneras relativas a las mercancías en cuestión o que haya cursado las instrucciones necesarias para cumplir dichas formalidades".

⁸⁸⁹ Artículo 903.1 del RA:

"1. Cuando con ocasión de su exportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad, las mercancías de retorno hubieran dado lugar al pago de un derecho de exportación, el despacho a libre práctica de estas mercancías dará derecho a la devolución de las cantidades satisfechas por tal concepto".

⁸⁹⁰ Artículo 903.3 del RA:

"3. El apartado 1 se aplicará incluso cuando las mercancías en él previstas sólo constituyan una fracción de las mercancías previamente exportadas fuera del territorio aduanero de la Comunidad".

⁸⁹¹ Artículo 904 del RA.

"No se procederá a la devolución o condonación de derechos de importación cuando, según el caso, el único motivo en defensa de la solicitud de devolución o condonación lo constituya:

a) la reexportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad, por motivos distintos de los mencionados en los artículos 237 o 238 del Código o en los artículos 900 o 901 y, en particular, por no haber sido vendidas, de mercancías previamente incluidas en un régimen aduanero que implique la obligación de pagar derechos de importación;

1° La reexportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad, por motivos distintos de los mencionados en los artículos 237 o 238 del CA o en los artículos 900 o 901 y, en particular, por no haber sido vendidas, de mercancías previamente incluidas en un régimen aduanero que implique la obligación de pagar derechos de importación.

2° La destrucción, por cualquier razón, de las mercancías declaradas para un régimen aduanero que implique la obligación de pagar derechos de importación después de que las autoridades competentes hayan otorgado su levante, excepto en los supuestos expresamente previstos por la normativa comunitaria.

3° La presentación, aun cuando se hiciera de buena fe, de documentos cuya falsedad se comprobare posteriormente, o que, en general, no fueran válidos para la concesión de un tratamiento arancelario preferencial a favor de mercancías declaradas a libre práctica.

C) Elementos de prueba.

Para evitar abusos o fraudes de aquellos que solicitan la devolución de los derechos aduaneros de importación en los casos contemplados por el artículo 901.1, el RA somete su concesión a

b) salvo en los casos expresamente previstos por la normativa comunitaria, la destrucción, por la razón que sea, de las mercancías declaradas para un régimen aduanero que implique la obligación de pagar derechos de importación después de que las autoridades competentes hayan otorgado su levante;

c) la presentación, incluso de buena fe, para la concesión de un tratamiento arancelario preferencial a favor de mercancías declaradas a libre práctica, de documentos cuya falsedad se haya comprobado posteriormente, falsificados o no válidos para la concesión de este tratamiento arancelario preferencial".

un rígido sistema probatorio⁸⁹².

Los elementos de prueba exigidos varían en función de su objeto, debiendo suplirse su ausencia o completarse su insuficiencia con aquellos otros que la autoridad aduanera de decisión considere oportunos⁸⁹³.

En **primer lugar**⁸⁹⁴, cuando la autoridad aduanera persiga

⁸⁹² Artículo 901.2 del RA.

"2. La concesión de la devolución o condonación de derechos de importación en los casos previstos en el apartado 1 estará supeditada:

a) a la presentación de todos los elementos de prueba necesarios para permitir a la autoridad aduanera de decisión que se cerciore de que las mercancías para las que se solicita la devolución o condonación han sido:

-bien efectivamente reexportadas fuera del territorio de la Comunidad,

-bien destruidas bajo el control de autoridades o personas facultadas para dar fe de ello oficialmente;

b) a la devolución a la autoridad aduanera de decisión de cualquier documento que acredite el carácter comunitario de las mercancías correspondientes y al amparo del cual, en su caso, dichas mercancías hayan abandonado el territorio aduanero de la Comunidad, o a la presentación de cualquier prueba que dicha autoridad estime necesaria, con objeto de cerciorarse de que el documento de que se trate no pueda ser utilizado posteriormente con motivo de una importación de mercancías en la Comunidad".

⁸⁹³ Artículo 902.2 del RA:

"2. Los elementos de prueba mencionados en el apartado 1, en la medida en que resulten insuficientes para permitir a la autoridad aduanera de decisión pronunciarse con conocimiento de causa sobre el caso que se le haya presentado, o cuando no puedan presentarse algunos de ellos, deberán ser completados o sustituidos por cualesquiera otros elementos que la mencionada autoridad juzgue necesarios".

⁸⁹⁴ Artículo 902. 1. a) del RA:

"1. A efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 901:

a) los elementos de prueba necesarios para permitir a la autoridad aduanera de decisión cerciorarse de que las mercancías para las que se ha solicitado la devolución o la condonación se han reexportado efectivamente fuera del territorio aduanero de la Comunidad, deberán consistir en la presentación por parte del interesado:

-del original o de una copia certificada conforme de la declaración de exportación de las mercancías fuera del territorio aduanero de la Comunidad, y

-de un certificado de la aduana por la que ha te-

asegurarse de que las mercancías cuya devolución se pretende, han sido efectivamente reexportadas fuera del territorio de la CE, el interesado deberá presentar:

1° El original o copia certificada de la declaración de exportación de las mercancías fuera del territorio aduanero de la Comunidad.

2° Un certificado de la aduana por la que tuvo lugar la salida efectiva de las mercancías fuera del territorio aduanero de la CE. En su defecto, la imposibilidad de presentar esta certificación puede suplirse por:

-certificado de la aduana que ha comprobado la llegada de las mercancías al tercer país de destino.

-original o copia certificada de la declaración

nido lugar la salida efectiva de las mercancías fuera del territorio aduanero de la Comunidad.

Cuando no pueda proporcionarse tal certificado, la salida de las mercancías del territorio aduanero de la Comunidad podrá demostrarse mediante la presentación:

-bien de un certificado de la aduana que ha comprobado la llegada de las mercancías al tercer país de destino;

-bien del original o de una copia certificada conforme de la declaración en aduana de que hayan sido objeto las mercancías en el tercer país de destino.

A estos documentos deberá adjuntarse la documentación administrativa y comercial que permita a la autoridad aduanera de decisión comprobar que las mercancías objeto de la exportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad son efectivamente las mismas que las que se habían declarado para un régimen aduanero que incluya la obligación de pagar derechos de aduana, a saber:

-el original o una copia certificada conforme de la declaración correspondiente a dicho régimen, y

-en la medida en que la autoridad aduanera de decisión lo juzgue necesario, documentos comerciales o administrativos (como facturas, relaciones detalladas, documentos de tránsito, certificados sanitarios) que incluyan una descripción precisa de las mercancías (designación comercial, cantidades, marcas y demás consignaciones que puedan llevar) adjuntos, por una parte, a la declaración de despacho a libre práctica y, por otra parte, a la declaración de exportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad o, en su caso, a la declaración en aduana de la que han sido objeto las mercancías en el tercer país de destino;".

en aduana de que hayan sido objeto las mercancías en el tercer país de destino.

3° La documentación administrativa o comercial mediante la cual la autoridad aduanera de decisión verifique la identidad entre las mercancías efectivamente exportadas a un país tercero y aquellas cuya declaración en un régimen aduanero motivó el pago de los derechos de importación cuya devolución ahora se solicita.

En particular:

-Original o copia certificada de la declaración correspondiente a dicho régimen aduanero.

-Facturas, relaciones detalladas, documentos de tránsito, certificados sanitarios y otros documentos comerciales o administrativos en los que aparezcan elementos de descripción precisa de las mercancías en cuestión (designación comercial, cantidades, marcas, etc ...).

Tales documentos acompañarán tanto a la declaración de despacho a libre práctica, como a la declaración de exportación fuera del territorio aduanero de la CE o, en su caso, a la declaración de la aduana de las mercancías en el tercer país de destino.

En **segundo lugar**⁸⁹⁵, cuando la autoridad aduanera pretenda

⁸⁹⁵ Artículo 902.1. b) del RA:

"1. b) los elementos de prueba necesarios para permitir a la autoridad aduanera de decisión cerciorarse de que las mercancías para las que se ha solicitado la devolución o la condonación han sido efectivamente destruidas bajo el control de autoridades o de personas facultadas para comprobarlo oficialmente, deberán consistir en la presentación por parte del interesado:

-bien del acta o de la declaración de destrucción redactada por las autoridades oficiales bajo cuyo control tuviera lugar dicha destrucción, o de una copia certificada conforme;

-bien de un certificado redactado por la persona facultada para comprobar la destrucción, acompañado de los elementos de información que justifiquen dicha habilitación.

Dichos documentos deberán incluir una descripción suficien-

cerciorarse de la destrucción efectiva de las mercancías ante la supervisión de autoridades o personas autorizadas, se presentarán los ss. documentos:

1° Acta o declaración de destrucción de las mercancías, o copia certificada de las autoridades ante las que se efectuó la misma.

2° Certificado redactado por la persona o personas habilitadas por la autoridad aduanera para la destrucción y justificación suficiente de tal habilitación.

Los elementos de prueba que se acaban de referir habrán de crear en la autoridad aduanera la convicción de que las mercancías destruidas son realmente las mismas que se declararon para el régimen que motivó el ingreso aduanero cuya devolución ahora se solicita. Para ello deberán incluir datos descriptivos suficientes de las mercancías, como por ejemplo, designación comercial, cantidades, marcas, etc.

1.3.2. DECISIONES QUE DEBERA ADOPTAR LA COMISION.

Se regulan en la sección 2, Cap. 2 del Título IV del RA, artículos 905 a 909, constituyendo un procedimiento específico para la concesión de la devolución de los indebidos aduaneros comunitarios.

temente precisa de las mercancías destruidas (designación comercial, cantidades, marcas y demás consignaciones que puedan llevar) para permitir a las autoridades aduaneras, mediante la comparación con las indicaciones que figuran en la declaración para un régimen aduanero que implique la obligación de pagar derechos de importación y con los documentos comerciales (como facturas y relaciones detalladas) adjuntos a ellas, cerciorarse de que las mercancías destruidas son efectivamente las mismas que las que se declararon para el régimen en cuestión".

A) Remisión por los Estados miembros a la Comisión del expediente de solicitud de devolución.

El Estado miembro remitirá la solicitud presentada a la Comisión para que esta resuelva⁸⁹⁶ de acuerdo con el procedimiento de los artículos 906 a 909:

1° Cuando la autoridad aduanera de decisión no se halle en condiciones de decidir con arreglo al artículo 899 del RA.

2° Cuando la solicitud se haya fundamentado en circunstancias especiales subsumibles en el artículo 239 del CA.

El Estado miembro ha de incluir en el expediente que envíe a la Comisión -del cual esta le remitirá de forma inmediata acuse de recibo- todos los elementos relacionados con la petición de devolución que resulten necesarios para su resolución, debiendo ampliar esta información con elementos complementarios cuando aquellos resulten insuficientes⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ Artículo 905.1 del RA:

"1. Cuando la autoridad aduanera de decisión a la que se hubiera presentado una solicitud de devolución o condonación, con arreglo al apartado 2 de artículo 239 del Código, no se halle en condiciones de decidir, sobre la base del artículo 899, y cuando la solicitud está fundamentada en motivos que justifiquen que se trata de una situación especial resultante de circunstancias que no supongan negligencia manifiesta o intento de fraude por parte del interesado, el Estado miembro de que se trate transmitirá el caso a la Comisión para su resolución conforme al procedimiento previsto en los artículos 906 a 909.

El término << interesado >> deberá entenderse en el mismo sentido que en el artículo 899.

En los restantes casos, la autoridad aduanera de decisión rechazará la solicitud".

⁸⁹⁷ Artículo 905.2 del RA:

"2. El expediente dirigido a la Comisión deberá incluir todos los elementos necesarios para el examen completo del caso presentado.

La Comisión acusará inmediatamente recibo de este expediente al Estado miembro interesado.

Cuando resulte que los elementos de información proporciona-

El interesado podrá solicitar a la autoridad aduanera del Estado miembro que autorice -antes de elevar el asunto a la Comisión y sin que ello prejuzgue la decisión final- el cumplimiento de las formalidades aduaneras relativas a la reexportación de las mercancías o a su destrucción⁸⁹⁸.

B) Procedimiento ante la Comisión.

Una vez haya recibido el expediente y antes de que transcurran quince días, la Comisión enviará copia del mismo a los Estados miembros.

El examen y resolución del expediente en cuestión se realizará en el marco del *Comité del Código Aduanero*⁸⁹⁹, como órgano

dos por el Estado miembro sean insuficientes para permitirle resolver con total conocimiento de causa el caso que se le ha sometido, la Comisión podrá pedir que se le facilite información complementaria".

⁸⁹⁸ Artículo 905.3 del RA:

"3. La autoridad aduanera de decisión podrá, a petición del interesado y sin esperar que concluya el procedimiento previsto en los artículos 906 a 909, autorizar el cumplimiento de las formalidades aduaneras relativas a la reexportación de las mercancías o a su destrucción, antes de que la Comisión se haya pronunciado sobre el caso considerado. Tal autorización no prejuzgará la decisión final sobre el caso de que se trate".

⁸⁹⁹ Artículo 906 del RA:

"Dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción del expediente a que se refiere el apartado 2 del artículo 905, la Comisión enviará una copia a los Estados miembros.

El examen de dicho expediente figurará lo antes posible en el orden del día de una reunión del Comité".

El *Comité del Código Aduanero Comunitario*, se regula por los artículos 247 y 248 de dicho texto normativo.

Artículo 247.

"1. Se crea un Comité del Código aduanero, en lo sucesivo denominado el << Comité >>, compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión.

2. El Comité establecerá su reglamento interno".

comunitario competente para examinar cualquier cuestión relacionada con la normativa aduanera comunitaria, compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión.

La decisión sobre la concesión o no de la devolución deberá dictarse en un plazo no superior a seis meses desde la fecha de recepción del mismo por la Comisión.

Dicho plazo puede ampliarse por otros seis meses cuando la Comisión requiera al Estado miembro de que se trate, información complementaria sobre el asunto⁹⁰⁰.

La decisión adoptada por la Comisión deberá ser notificada al Estado miembro en cuestión, en un plazo no superior a treinta días, a contar desde la finalización del plazo de seis meses referido. De dicha decisión se enviará copia también a los restantes Estados miembros⁹⁰¹, pudiendo habilitarles para devolver los

Artículo 248.

"El Comité podrá examinar cualquier cuestión relativa a la normativa aduanera suscitada por su presidente, ya sea por propia iniciativa de este o a instancia del representante de un Estado miembro".

⁹⁰⁰ Artículo 907 del RA:

"Previa consulta a un grupo de expertos compuesto por representantes de todos los Estados miembros, reunidos en el marco del Comité con objeto de examinar el caso de que se trate, la Comisión decidirá si la situación especial examinada justifica o no la concesión de la devolución o de la condonación.

Dicha decisión deberá tener lugar en el plazo de seis meses a partir de la fecha de recepción por la Comisión del expediente mencionado en el apartado 2 del artículo 905. Cuando la Comisión deba pedir al Estado miembro información complementaria para poder resolver el caso, el plazo de seis meses se ampliará por un período equivalente al tiempo transcurrido entre la fecha de envío por la Comisión de la petición de información complementaria y la fecha de recepción de la misma por la Comisión".

⁹⁰¹ Artículo 908.1 del RA:

"1. La notificación de la decisión contemplada en el artículo 907 deberá cursarse al Estado miembro interesado a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo de treinta

derechos aduaneros que les hayan solicitado cuando se presenten elementos de hecho o de derecho que resulten comparables⁹⁰².

En el caso de que la Comisión no resolviera el expediente en el plazo de seis meses, o no notificase la decisión por ella tomada al Estado miembro interesado dentro de los treinta días siguientes a su adopción, la autoridad aduanera de decisión concederá la devolución solicitada⁹⁰³.

1.4. ASISTENCIA ADMINISTRATIVA ENTRE LAS AUTORIDADES ADUANERAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

La cooperación entre las Administraciones nacionales de los Estados constituye un principio básico de la fiscalidad internacional, persiguiéndose con ella una mayor eficacia en la gestión, en este caso, aduanera.

días a partir de la fecha de expiración del plazo especificado en el artículo 907.

Se enviará copia de dicha decisión a los demás Estados miembros".

⁹⁰² Artículo 908.2 del RA:

"2. Basándose en la decisión de la Comisión, notificada en las condiciones previstas en el apartado 1, la autoridad de decisión se pronunciará sobre la solicitud del interesado. 3. Cuando la decisión contemplada en el artículo 907 establezca que la situación particular examinada justifica la concesión de la devolución o condonación, la Comisión podrá habilitar a uno o a varios Estados miembros a devolver o a condonar los derechos, con arreglo a las condiciones que ella determine y en los casos en que se presenten elementos de hecho o de derecho comparables.

En dicho caso, se notificará igualmente al Estado miembro de que se trate la decisión contemplada en el artículo 907".

⁹⁰³ Artículo 909 del RA:

"Si la Comisión no hubiere tomado una decisión en el plazo señalado en el artículo 907 o no hubiere notificado ninguna decisión al Estado miembro interesado en el plazo señalado en el artículo 908, la autoridad aduanera de decisión dará curso favorable a la solicitud de devolución o de condonación".

Pues bien, el RA que se analiza, regula esta materia en sus artículos 910 a 912.

1. La petición dirigida por la autoridad aduanera de decisión a la autoridad aduanera de control para vigilar las mercancías que se hallen en un Estado miembro diferente a aquel en que hayan sido contraídos los derechos de importación o de exportación correspondientes, deberá realizarse por escrito duplicado conforme al modelo del Anexo 112 del RA.

A tal escrito se acompañarán los siguientes documentos:

- a) El original o la copia de la solicitud de devolución.
- b) Todos aquellos documentos que resulten precisos para que la aduana de control pueda obtener las informaciones o practicar los controles requeridos⁹⁰⁴.

2. La aduana de control del Estado miembro donde se encuentren las mercancías en cuestión, incluirá en la parte reservada para ello en el escrito que se acaba de referir, las informaciones obtenidas o los controles efectivamente practicados, además de los documentos que le fueron enviados.

La autoridad aduanera de control los remitirá, en un plazo no superior a dos semanas desde que se recibió la solicitud, a

⁹⁰⁴ Artículo 910 del RA:

"En los casos señalados en el apartado 2 del artículo 885, la solicitud de la autoridad aduanera de decisión a la aduana de control deberá hacerse por escrito, por duplicado, en un documento cuyo modelo figura en el Anexo 112. Deberán adjuntarse a este documento el original o la copia de la solicitud de devolución o de condonación, así como todos los demás documentos necesarios para que la aduana de control pueda obtener las informaciones o efectuar los controles solicitados".

la aduana de decisión⁹⁰⁵.

En caso de que la aduana de control no pueda obtener la información o practicar los controles solicitados, acusará recibo de la petición recibida a la aduana de decisión, en el mismo plazo anterior, devolviéndole los documentos que a dicha solicitud se adjuntaron⁹⁰⁶.

Por último, la certificación que la aduana de ejecución tiene el deber de remitir a la autoridad aduanera de decisión, una vez haya comprobado el cumplimiento de los requisitos contemplados por el apdo. 1 del artículo 887, se documentará en el modelo incluido en el Anexo 113 del RA⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ Artículo 911.1 del RA:

"1. En el plazo de dos semanas contadas a partir de la fecha de recepción de la solicitud, la aduana de control deberá obtener las informaciones o practicar los controles solicitados por la autoridad aduanera de decisión. La aduana de control consignará los resultados de su intervención en la parte reservada para ello en el original del documento previsto en el artículo 910 y devolverá este último a la autoridad aduanera de decisión, junto con el total de los documentos que le hubieren sido enviados".

⁹⁰⁶ Artículo 911.2 del RA:

"2. La aduana de control, cuando no esté en condiciones de obtener las informaciones o de practicar los controles solicitados en el plazo de dos semanas señalado en el apartado 1, acusará recibo, en dicho plazo, de la solicitud que le haya sido dirigida, devolviendo a la autoridad aduanera de decisión la copia del documento previsto en el artículo 910, después de haber hecho la anotación correspondiente".

⁹⁰⁷ Artículo 912 del RA:

"La aduana de ejecución comunicará la certificación prevista en el apartado 5 del artículo 887 a la autoridad aduanera de decisión, por medio de un documento del modelo que figura en el Anexo 113".

2. PROCEDIMIENTO PARA LA DEVOLUCION DE LOS RESTANTES INDEBIDOS TRIBUTARIOS COMUNITARIOS. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN LA MATERIA: LA AUTONOMIA PROCESAL E INSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

2.1. INTRODUCCION.

En principio, las normas relativas a la devolución de ingresos tributarios indebidos en el Derecho Comunitario deberían ser las mismas para todos los Estados miembros⁹⁰⁸.

Así sucede, como se ha examinado ya, respecto a las condiciones a seguir para la devolución de tributos instituidos por la legislación comunitaria -esto es, la devolución de los ingresos aduaneros indebidos- que quedan sometidos a la propia normativa europea.

Pero respecto a la devolución de los restantes supuestos de indebidos tributarios comunitarios, la situación es muy distinta.

⁹⁰⁸ El TJCE se pronunció en este sentido en su sentencia de 25 de febrero de 1988, sobre el Asunto BIANCO:

"En principio, las normas relativas al reembolso deberían ser las mismas para todos los Estados miembros ... y ello a pesar de que, ya desde 1976, el Tribunal de Justicia ha venido subrayando que existen las facultades para dictar tal normativa y que su inexistencia es lamentable". STJCE de 25 de febrero de 1988. Asunto 331, 376 y 378/85. Les Fils de Jules Bianco contra Directeur général des douanes et droits indirects. Rec. 1988, págs. 1099 y ss.

También en las ss. sentencias, el TJCE expresa la referida necesidad de armonización:

-STJCE de 16 de diciembre de 1976. Asunto 33/76. Rewe-Zentralfinanz EG et Rewe Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland. Rec. 1976, págs. 1989 y ss.

-STJCE de 12 de junio de 1980. Asunto 130/79. Express Dairy Foods Limited c. Intervention Board for Agricultural Produce, Rec. 1980, págs. 1887 y ss.

Aquí, son los ordenamientos jurídicos nacionales los que se aplican para determinar las condiciones y procedimiento de la devolución, pues no existe Directiva comunitaria alguna que haya armonizado los procedimientos nacionales relativos a la devolución de los tributos exigidos por los Estados miembros en contra del Derecho Comunitario.

Al no existir aproximación normativa alguna, el TJCE ha aplicado el criterio de la *autonomía institucional y procesal* de los Derechos de los Estados miembros en el procedimiento a seguir para la devolución de estos indebidos comunitarios tributarios.

Se estudiará también en este mismo epígrafe, que tal principio de la *autonomía procesal* no es otro que el de la *subsidiariedad procesal*, introducido en el ordenamiento jurídico comunitario tras ser consagrado por el Tratado de Maastricht.

No obstante, las distorsiones ocasionadas por los Estados miembros en la interpretación literal de tal principio y la disparidad de las normas procesales de los Estados miembros, motivaron -como se examinará en el próximo Cap.- que el propio TJCE, en la aplicación judicial del Derecho Comunitario sobre el contencioso, impusiera ciertas limitaciones al mismo.

2.2. LA AUTONOMIA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA RESOLUCION DE LAS DEMANDAS DE DEVOLUCION.

El principio de la *autonomía nacional institucional y procedimental* supone libertad de acción para los Estados miembros en la aplicación del Derecho Comunitario dentro de ciertas limitaciones, en un doble orden: en el ámbito institucional, implica

la facultad de los Estados de determinar a quién corresponde la ejecución del ordenamiento jurídico comunitario y en el ámbito procedimental significa la posibilidad para los Estados de elegir el procedimiento más adecuado para su aplicación⁹⁰⁹.

Además, este principio significa que el Derecho Comunitario es aplicado jurisdiccionalmente por los Tribunales nacionales de los diferentes Estados miembros, y no por el TJCE. A este sólo le corresponde el conocimiento de las cuestiones reguladas por el ordenamiento jurídico comunitario (artículos 169 y ss. del TCE), pero siempre que demandado y/o demandante sean un Estado miembro o una institución comunitaria.

No obstante, como quiera que la mayor parte de las cuestiones reguladas por el Derecho Comunitario que llegan a los Tribunales son cuestiones que enfrentan a los particulares con las Administraciones de los Estados miembros -o a particulares entre sí- y la competencia para conocer de ellas corresponde a los Tribunales nacionales de los Estados miembros, según el reparto competencial que establezca su normativa interna, a menudo, se denomina al Juez nacional *Juez comunitario*, pues, en la gran mayoría de los casos, el Derecho Comunitario es aplicado jurisdiccionalmente por los Jueces de los países comunitarios⁹¹⁰.

Tal situación se debe fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, porque cuando fue redactado el Tratado fundacional

⁹⁰⁹ APARICIO PEREZ, A.

"La aplicación del derecho comunitario europeo en materia de fiscalidad en España". Noticias U.E., n° 132. 1996, pág. 30.

⁹¹⁰ RUIZ-JARABO COLOMER, D.

"La organización judicial de las Comunidades Europeas". Gaceta Jurídica de la C.E.E. D-13, n° 86, noviembre de 1990, págs. 19 y ss.

de la CEE, los Estados miembros no estaban dispuestos a permitir que las causas que enfrentaban a sus ciudadanos con sus Administraciones por cuestiones reguladas por Derecho Comunitario -o las causas en que se enfrentaban los mismos ciudadanos entre sí- quedasen sometidas a jurisdicciones que no fuesen estrictamente nacionales. Y en segundo término, responde también al hecho palmario de que el TJCE sería materialmente incapaz de conocer de los miles de pleitos que a diario se suscitan en la U.E. relativos a cuestiones reguladas por el Derecho Comunitario.

Por tanto, según el principio de la autonomía institucional y procesal de los Estados miembros⁹¹¹, el juez nacional cumple la función de juez ordinario del ordenamiento jurídico comunitario, lo cual implica que, normalmente, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico europeo han de ser tutelados por los órganos jurisdiccionales nacionales.

La esencia de este principio radica en que el ordenamiento jurídico comunitario no determina por medio de qué procedimientos ni a qué órganos estatales corresponde el conocimiento y resolución de los contenciosos tributarios en que incida el Derecho comunitario. Para este, tales cuestiones son competencia de los ordenamientos internos de los Estados miembros, los cuales arbitran un sistema de resolución de litigios tributarios que difiere de unos a otros.

La autonomía institucional y de procedimiento⁹¹² supone una

⁹¹¹ LOUIS, J. V.

El ordenamiento ... Ob. cit. Cap. III. "Relaciones con el Derecho nacional". ("La aplicación del Derecho Comunitario"), págs. 222 a 228.

⁹¹² ISAAC, G.

Manual ..., págs. 193-194.

expresión de la soberanía de los Estados miembros, pues cuando hayan de proceder a la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, estos podrán adecuarse -en lo que concierne a la determinación de los órganos competentes y de los procedimientos a utilizar- a las reglas que se desprenden de su Derecho interno y especialmente de su Derecho Constitucional.

Las autoridades nacionales son así responsables de una obligación de resultado -la aplicación del Derecho Comunitario- pero no están constreñidas a emplear para ello otros medios que los fijados por sus propios ordenamientos. Esta regla constituye también una confesión de realismo, ya que las autoridades comunitarias se abstienen voluntariamente de fijar ellas mismas los procedimientos que las autoridades nacionales deben observar en su función de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.

Refiriéndose al principio de autonomía procesal, RIDEAU⁹¹³ afirma que "los órganos competentes y los procedimientos que han de utilizarse para aplicar el Derecho comunitario están determinados [en virtud del principio que se estudia] por las prescripciones constitucionales estatales", definiendo este principio como aquel por el que, "Los órganos competentes, los procedimientos a utilizar para la ejecución del derecho comunitario están determinados por los mandatos constitucionales estatales"⁹¹⁴.

Ya desde los albores de la construcción de la CE, el TJCE reconoció con claridad la competencia del legislador nacional pa-

⁹¹³ RIDEAU, J.

"Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire". AFDI. 1972, pág. 885.

⁹¹⁴ RIDEAU, J.

"Le rôle des ... ". Ob. cit., pág. 885.

expresión de la soberanía de los Estados miembros, pues cuando hayan de proceder a la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, estos podrán adecuarse -en lo que concierne a la determinación de los órganos competentes y de los procedimientos a utilizar- a las reglas que se desprenden de su Derecho interno y especialmente de su Derecho Constitucional.

Las autoridades nacionales son así responsables de una obligación de resultado -la aplicación del Derecho Comunitario- pero no están constreñidas a emplear para ello otros medios que los fijados por sus propios ordenamientos. Esta regla constituye también una confesión de realismo, ya que las autoridades comunitarias se abstienen voluntariamente de fijar ellas mismas los procedimientos que las autoridades nacionales deben observar en su función de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.

Refiriéndose al principio de autonomía procesal, RIDEAU⁹¹³ afirma que "los órganos competentes y los procedimientos que han de utilizarse para aplicar el Derecho comunitario están determinados [en virtud del principio que se estudia] por las prescripciones constitucionales estatales", definiendo este principio como aquel por el que, "Los órganos competentes, los procedimientos a utilizar para la ejecución del derecho comunitario están determinados por los mandatos constitucionales estatales"⁹¹⁴.

Ya desde los albores de la construcción de la CE, el TJCE reconoció con claridad la competencia del legislador nacional pa-

⁹¹³ RIDEAU, J.

"Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire". AFDI. 1972, pág. 885.

⁹¹⁴ RIDEAU, J.

"Le rôle des ... ". Ob. cit., pág. 885.

ra reglamentar los aspectos procesales de los derechos que derivan de los textos comunitarios en la medida en la que tales derechos entran en el marco de la ejecución por los Estados miembros de un derecho comunitario.

Así, en el Asunto LÜCK⁹¹⁵, el TJCE consideró que compete a la jurisdicción de cada Estado miembro decidir según las normas de su derecho nacional los medios que serán apropiados para garantizar los derechos conferidos a los particulares por el artículo 95 del TCE.

Pero, especialmente trascendente en la consagración del principio de la autonomía procesal de los Estados miembros resulta el Asunto SALGOIL⁹¹⁶, en el que el TJCE afirmó que "en tanto que las disposiciones en litigio [artículos 31 y 32 del TCE] confieran a los justiciables derechos que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar, estas últimas están obligadas a asegurar la protección de dichos derechos, habida cuenta que corresponde al orden jurídico de cada Estado miembro designar la jurisdicción competente y a este efecto de calificar los derechos según los criterios del ordenamiento interno".

Más tarde la jurisprudencia no ha hecho sino consolidar aquel principio. Así, el TJCE declaró en el Asunto NORDENTSCHE VICH y FLEISCHKOUTOR⁹¹⁷ que "en los casos en que la aplicación

⁹¹⁵ Asunto 34/67. Lück c. Hauptzollamt Cologne, pág. 360.
Vid. también:

-STJCE 16-XII-1960. Asunto 6/60. Jean Humblet c. État belge. Rec. VI, pág. 1147.

-Asunto 26/67. Molkerei Zentrale Westfalen c. Hauptzollamt Paderborn. Rec. 1968, págs. 211-219.

⁹¹⁶ Asunto 13/68. Salgoil c. Italia, pág. 662.

⁹¹⁷ STJCE 11-II-1971. Asunto 39/70. Fleischkontor. Rec. XVII, págs. 49 y ss.

de un reglamento comunitario incumba a las autoridades nacionales, conviene admitir que en principio esta aplicación se haga dentro del respeto a las formas y procedimientos del derecho nacional", si bien, el TJCE reconoció también en el Asunto SCHÜTER⁹¹⁸ que el necesario respeto a las formas y procedimientos nacionales "debe conciliarse con las necesidades de una aplicación uniforme del derecho comunitario", con lo que se advertía ya, que el principio en cuestión no puede ser entendido de manera incondicional.

Además, conforme a una constante jurisprudencia comunitaria⁹¹⁹, esta autonomía procesal constituye una consecuencia de la obligación de los Estados miembros de garantizar el cumplimiento de los deberes surgidos del ordenamiento jurídico comunitario originario y derivado, de conformidad con el principio de lealtad comunitaria del artículo 5 del TCE.

Por tanto, el artículo 5 del TCE consagra un principio general de aplicación del Derecho Comunitario, por el que son los Estados miembros los obligados inmediatos, independientemente de los casos en los que la aplicación sea directa por parte de la CE. Para ello cada Estado adoptará las medidas que crea convenientes. La aplicación, en definitiva, del Derecho Comunitario implica que "la función ejecutiva del Estado sitúa su acción en la articulación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el

⁹¹⁸ STJCE 25-V-1972. Asunto 94/71. SCHÜTER. Rec. 307.

⁹¹⁹ -STJCE 11-II-1971. Asunto 39/70. Norddeutsches Viehund Fleischkontor. Rec. 1971, págs. 49 y ss.
-STJCE 27-X-1971. Asunto 6/71. Rheinmühlen. Rec. 1971, págs. 823 y ss.
-STJCE 15-XII-1971. Asuntos acumulados 51 a 54/71. International Fruit. Rec. 1971, pág. 1116.

ordenamiento jurídico estatal. El origen, la finalidad, el fundamento y el contenido de las reglas son comunitarias, las formas y las modalidades de su ejecución son estatales"⁹²⁰.

Si -Asunto SIMMENTHAL- "la aplicabilidad directa ... significa que las normas de Derecho Comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y a lo largo de todo su período de validez"⁹²¹, el principio de autonomía procesal e institucional de los Estados miembros en la elección de los procedimientos de ejecución del Derecho Comunitario puede dar lugar a ciertas diferencias en la aplicación efectiva de dicho ordenamiento.

Por ello -como se analizará en el Cap. siguiente- la autonomía institucional y procedimental no se presenta como absoluta, sino que ha de respetar los principios de primacía del ordenamiento comunitario sobre el ordenamiento interno y de eficacia directa de aquel en los Derechos nacionales.

Sabemos ya que el derecho a la devolución de los ingresos tributarios indebidos tiene como fundamento la incompatibilidad de la exacción realizada con el ordenamiento jurídico comunitario y que, fruto de ello y de los principios comunitarios de efecto directo y de primacía, surge a favor del justiciable un derecho a la restitución.

⁹²⁰ KOVAR, R.

"L'effectivité interne du Droit communautaire". La Communauté et ses Etats membres. Faculté de Droit de Liege. Ed. Martinus Nyholff. La Haye. 1973, pág. 222.

⁹²¹ STJCE 9-III-1978. Asunto 106/77. Administración de Finanzas del Estado c. Simmenthal S.p.A. Rec. 1978, págs. 629 y ss.

Pues bien, excepto en los casos de devolución de ingresos aduaneros indebidos -en donde rige el CA y su RA- el régimen que disciplina la acción de devolución corresponde, por reenvío expreso del TJCE, al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro.

Es decir, en el ámbito del ordenamiento jurídico europeo no existe una regulación de un *procedimiento autónomo* para la devolución de ingresos tributarios comunitarios indebidos distintos de los aduaneros. Así lo expresa DANIELE⁹²²:

" [En] la hipótesis del pago de un tributo contrario a la normativa comunitaria, se constatará que el ordenamiento comunitario, aunque regulando la situación jurídica de fondo a través de la atribución de un derecho << genérico >> al reembolso, no procede a definir, al menos directamente, ni el contenido ni el modo de ejercitar tal derecho. Las normas que prohíben la recaudación de exacciones de efecto equivalente a derechos aduaneros o de imposiciones discriminatorias no contienen ninguna precisión al respecto".

En efecto, el TJCE ha confiado desde un principio -basándose en el deber de lealtad y de cooperación de los Estados miembros con la Comunidad, consagrado en el artículo 5 del TCE- " ... a los órganos jurisdiccionales nacionales el cuidado de asegurar la protección jurídica que da a los justiciables el efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario" (STJCE de 16 de diciembre de 1976. Asunto REWE⁹²³). Por tanto, los

⁹²² DANIELE, L.

"La restituzione ... ". Ob. cit., pág. 433.

⁹²³ STJCE de 16 de diciembre de 1976.

Asunto Rewe, cit. Rec. 1976, pág. 1989 y ss.

órganos jurisdiccionales⁹²⁴ de cada Estado miembro deben aplicar en la resolución de las reclamaciones sobre restitución de ingresos tributarios percibidos en contra del Derecho Comunitario,

"... sus propias normas y procedimientos. Así, pueden observarse las normas nacionales relativas a los plazos de recurso, a los órganos competentes y al pago de intereses, aunque sean distintas en cada Estado miembro" (Asunto REWE).

En el Asunto COMET⁹²⁵ el TJCE argumentó:

"En ausencia de regulación comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar las jurisdicciones competentes y regular las formalidades precesales de los recursos por los que se garantizan ante los tribunales los derechos que los particulares obtienen del efecto directo del Derecho comunitario".

Refiriéndose a la acción de devolución del indebido comunitario tributario, el TJCE en su sentencia de 27 de febrero de 1980, Asunto HANS JUST⁹²⁶ expresó:

"A falta de normativa comunitaria en materia de devolución de impuestos nacionales percibidos en contravención

⁹²⁴ En materia fiscal, recuerda FALCON TELLA, son también *órganos jurisdiccionales* los *Tribunales Económico-Administrativos*. FALCON TELLA, R. "La armonización fiscal en la jurisprudencia", en El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial. Cívitas. Consejo General del Poder Judicial. Universidad de Granada. 1ª ed. 1993. Dirigido por RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑAN NOGUERAS, D., pág. 989.

⁹²⁵ STJCE 16-XII-1976. Asunto 45/76. Comet. Rec. 1976, pág. 2043.

⁹²⁶ STJCE de 27 de febrero de 1980. Asunto 68/79. Hans Just I/S c. Ministère danois des impôts et accises, Rec. 1980, págs. 501.

del Derecho comunitario incumbe a los Estados miembros garantizar la devolución de dichos impuestos, de conformidad con lo dispuesto en su Derecho interno".

En su sentencia de 27 de marzo de 1980 sobre el Asunto DENKAVIT⁹²⁷, el TJCE admitió que las condiciones y modalidades del ejercicio por los particulares del derecho a impugnar las imposiciones contrarias al Derecho Comunitario o el de reclamar la devolución deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que los efectos de la declaración de invalidez de una norma comunitaria no se limitan al ordenamiento jurídico comunitario, sino que frecuentemente el acto comunitario se ha desarrollado por medio de medidas nacionales de ejecución, como es el caso de un ingreso tributario exigido por una Administración nacional en virtud de una norma del Derecho Comunitario luego invalidada por el TJCE. En este supuesto, la autonomía institucional que se deduce del artículo 5 del TCE exige que la cuestión de la devolución del indebido tributario se resuelva conforme al Derecho nacional y si los plazos de prescripción para la reclamación del indebido no han transcurrido podría impugnarse el acto nacional por falta de legítima base jurídica.

Así, en la STJCE de 12 de junio de 1980, Asunto EXPRESS DAIRY FOODS⁹²⁸, el TJCE declaró que los litigios relativos a la de-

⁹²⁷ STJCE de 27 de marzo de 1980. Asunto 61/79. *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit*. Rec. 1980, págs. 1205 y ss.

⁹²⁸ STJCE de 12 de junio de 1980. Asunto 130/79. *Express Dairy Foods Limitedes c. Intervention Board for Agricultural Produce*. Rec. 1980, págs. 1887 y ss.

volución de importes percibidos por cuenta de la CE en virtud de Reglamentos comunitarios inválidos, " ... quedan sometidos a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y deben ser resueltos por aquellos en aplicación de su Derecho nacional en la forma y en el fondo, en la medida en que el Derecho comunitario no contiene disposiciones contrarias sobre dicha materia" (apdo. 11).

Y en el mismo sentido se manifestó el TJCE en la ya citada sentencia de 25 de febrero de 1988 sobre el Asunto BIANCO: " ... los órganos jurisdiccionales se han visto obligados a responder a acciones específicas de reembolso sin disponer de tales normas de armonización".

Recientemente, en su sentencia de 19 de noviembre de 1991 (Asunto FRANCOVICH⁹²⁹), el TJCE manifestó:

"En el supuesto de que la aplicación de normas nacionales que infringen el Derecho comunitario directamente aplicable haya dado lugar a la percepción de determinadas cantidades a cargo de los particulares, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es materia de reclamación de lo indebido, corresponde al Estado miembro garantizar el reembolso de estas cantidades ... ".

Es, pues, el Derecho interno de cada país el que habrá de disciplinar el desenvolvimiento de las obligaciones de devolución. Es al Derecho nacional a quien incumbe determinar las modalidades de acción para recuperar lo indebidamente ingresado.

De este modo -como se examinará en el próximo Cap.- la ope-

⁹²⁹ STJCE 19-XI-1991. Asuntos acumulados C-6 y 9/90. Andrea Francovich y otros c. República Italiana. Rec. 1991-9, págs. I-5382.

ratividad de la restitución estará condicionada a las medidas que cada ordenamiento nacional prevea para reparar las consecuencias de la invalidez de su legislación (plazos de recurso, órganos competentes, clases de acciones y pago de intereses), aunque estas sean diferentes de un Estado miembro a otro⁹³⁰, sin perjuicio de que esa normativa interna se vea sometida a las limitaciones derivadas de la legislación comunitaria y de los principios emanados de las propias SSTJCE.

La razón de este reenvío a las legislaciones nacionales radica en que si el TJCE hubiera establecido una solución unilateral y uniforme a cada caso, sin remitir a las soluciones previstas por los derechos internos de los Estados miembros, como afirma HUBEAU⁹³¹ "Resultaría una completa incertidumbre en cuanto al derecho aplicable, tanto para los contribuyentes como para las administraciones. Una solución comunitaria enteramente jurisprudencial, desprendida litigio tras litigio, habría además perpetuado un estado de inseguridad y provocado un gran número de cuestiones a título prejudicial".

Por ello, escribe el mismo autor⁹³², " ... el Tribunal ha renunciado a habituarse a un régimen jurisprudencial autónomo desligado de los sistemas nacionales".

La remisión a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no sólo es admisible, sino además aconsejable, pues como

⁹³⁰ Vid. Asunto Rewe, cit. Rec. 1976, pág. 1989 y ss.

⁹³¹ HUBEAU, F.
"La repetition de l'indu ... ". Ob. cit., pág. 447.

⁹³² HUBEAU, F. Ob. cit., pág. 447.

afirma DANIELE⁹³³:

" ... entre los dos ordenamientos se instaura una relación no de oposición sino de complementariedad, haciendo que las normas nacionales no sean obstáculo a la aplicación de las comunitarias sino instrumentos de ejecución de las mismas. Esto se comprueba en la medida en la que los preceptos comunitarios buscan un complemento por el que puedan encontrar plena aplicación en el plano práctico. En tales casos la ejecución del mecanismo de tutela de los derechos y de los intereses creados por las normas comunitarias directamente aplicables está confiada a reglas nacionales, lo mismo que si se tratara de derechos e intereses surgidos fuera del ámbito propio del ordenamiento nacional.

La idea de un derecho comunitario que se integre de esta forma con el nacional, si por un lado representa el ejemplo revelador de la debilidad intrínseca del ordenamiento comunitario, por otro responde realmente a la exigencia de un ordenamiento jurídico nuevo, que en razón de su originalidad, está lejos de alcanzar una plenitud comparable a la propia del ordenamiento nacional.

En estos términos y respecto al fin consistente en la necesidad de proveer los instrumentos aplicativos de los que carece el ordenamiento comunitario, una intervención del derecho nacional para reglamentar situaciones surgidas de normas comunitarias directamente eficaces parece admisible".

Por consiguiente, son los jueces nacionales los "auténticos guardianes del cumplimiento en cada Estado miembro, de las normas

⁹³³ DANIELE, L.
Ob. cit., págs. 432-433.

comunitarias". No obstante, en esta aplicación, la jurisdicción competente, el procedimiento y las construcciones jurídicas que el Juez utilice para salvaguardar la aplicación correcta serán los previstos en el orden interno de cada Estado miembro⁹³⁴.

El criterio de la autonomía procesal de los Estados miembros a la hora de ventilar los recursos sobre devolución de ingresos indebidos comunitarios ha sido reiteradamente declarado por el TJCE en los Asuntos REWE⁹³⁵, HANS JUST⁹³⁶, DENKAVIT⁹³⁷, EXPRESS DAIRY FOODS⁹³⁸ y BIANCO⁹³⁹.

En el Asunto VOLPI⁹⁴⁰, el TJCE afirmó que "... corresponde ... al tribunal nacional establecer, en base al derecho interno, si un tributo de esa naturaleza [interno] discriminatorio según el artículo 95 debe ser considerado no debido en su totalidad o bien limitadamente en la parte que excede al impuesto que grava

⁹³⁴ Vid. SANTAOLALLA GADEA, F.

"Aplicación del Derecho Comunitario en España", en Tra-
tado de Derecho Comunitario. GARCIA DE ENTERRIA y Otros.
Vol. I. Cívitas. Madrid. 1986, pág. 438.

⁹³⁵ STJCE de 16 de diciembre de 1976.
Asunto Rewe, cit. Rec. 1976, pág. 1989 y ss.

⁹³⁶ STJCE de 27 de febrero de 1980. Asunto 68/79.
Hans Just I/S c. Ministère danois des impôts et accises,
Rec. 1980, págs. 501 y ss.

⁹³⁷ STJCE de 27 de marzo de 1980. Asunto 61/79.
Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit.
Rec. 1980, págs. 1205 y ss.

⁹³⁸ STJCE de 12 de junio de 1980. Asunto 130/79.
Express Dairy Foods Limited c. Intervention Board for
Agricultural Produce, Rec. 1980, pág. 1887 y ss.

⁹³⁹ STJCE de 25 de febrero de 1988. Asunto 331, 376 y 378/85.
Les Fils de Jules Bianco c. Directeur général des douanes
et droits indirects. Rec. 1988, págs. 1099 y ss.

⁹⁴⁰ STJCE de 22 de marzo de 1977. Asunto 74/76.
Ianelli Volpi. Rec. 1977, pág. 557.

el producto nacional".

Y en el Asunto ARIETE⁹⁴¹, el TJCE manifestó que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar las condiciones que permitan a los contribuyentes impugnar las imposiciones recaudadas indebidamente en razón de su incompatibilidad con el Derecho comunitario o reclamar su devolución:

" ... en el estado actual del derecho comunitario y a falta de una normativa comunitaria en materia de recuperación de los tributos nacionales supuestamente ilegales o cobrados indebidamente, es el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro el que designa el juez competente y establece las modalidades procedimentales de las acciones judiciales tendentes a garantizar la tutela de los derechos pertenecientes a los particulares en virtud de las normas comunitarias que tiene efecto directo" (apdo. 12).

En el Asunto COMISION c. REPUBLICA ITALIANA⁹⁴², el TJCE ha reiterado que, en ausencia de normativa comunitaria sobre la devolución de tributos nacionales percibidos en violación del Derecho Comunitario, corresponde a los Estados miembros garantizar la devolución de dichos tributos, conforme a lo que disponga su ordenamiento interno.

Y en el Asunto SAN GIORGIO⁹⁴³, el TJCE manifestó ya con

⁹⁴¹ STJCE de 10 de julio de 1980. Asunto 61/79. *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Ariete SpA*. Rec. 1980, pág. 2545.

⁹⁴² STJCE de 24 de marzo de 1988. Asunto 104/86. *Commission des Communautés européennes c. Rep. Italienne*. Rec. 1988, págs. 1799 y ss.

⁹⁴³ STJCE de 9 de noviembre de 1983. Asunto 199/82. *Amministrazione des finances de l'Etat italien c. SpA San Giorgio*. Rec. 1983, págs. 3595 y ss.

claridad que " ... el reembolso deber ser realizado según condiciones de fondo y forma, fijadas en la legislación nacional sobre la materia" (apdo. 12).

DANIELE⁹⁴⁴ propugna una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales en la resolución de las demandas de restitución del indebido tributario comunitario, pero parcial y condicionada a que no se vulnere la eficacia directa de las normas comunitarias:

"Sostener la inaplicabilidad absoluta de las normas nacionales con el fin de disciplinar el derecho al reembolso equivale a proponer el abandono a un estado de anarquía de una situación de importancia muy relevante y desconocer el papel que el derecho nacional debe aún desarrollar en la aplicación de la normativa comunitaria. El derecho nacional se considera por ello aplicable a las demandas de reembolso en cuestión pero, al mismo tiempo, es necesario que esta intervención no sobrepase los límites antes enunciados ya que de otro modo entraría en contraposición con la eficacia directa de las normas comunitarias".

Como principal modo de garantía de la devolución por los Estados miembros, conforme a su Derecho interno, de los tributos indebidamente percibidos por ser incompatibles con el ordenamiento jurídico comunitario, se ha considerado la vía de ejecución de sentencias, al afirmar que el Estado miembro debe borrar todos los efectos que su actuación ilícita produjo. Así, el derecho a la restitución se concibe como un efecto de la ejecución de la STJCE.

⁹⁴⁴ DANIELE, L.
Ob. cit., pág. 433.

La sentencia dictada por el TJCE puede impedir el mantenimiento de normas internas incompatibles con el Derecho Comunitario. Después de efectuar la modificación normativa correspondiente, las nuevas disposiciones, surgidas de la ejecución de la sentencia comunitaria (por ejemplo, las que reconozcan una exención exigida por la normativa comunitaria) pueden tener efecto retroactivo, lo cual implicará el carácter indebido de los ingresos realizados en virtud de la normativa interna anterior.

Sin embargo, la sentencia emanada del TJCE puede no implicar la modificación de las normas internas del Estado miembro, por lo que será factible su ejecución directa por los órganos jurisdiccionales nacionales. En dicha ejecución, como afirma FALCON TELLA⁹⁴⁵, los Estados miembros gozan de una verdadera autonomía procesal, pues " ... el ordenamiento comunitario no impone un determinado procedimiento para su aplicación en los Estados miembros -aunque también los aspectos procedimentales han sido objeto de armonización en algunos casos (derechos de importación y exportación, política agrícola común, etc.)-, ni menos aún designa los órganos que deben proceder a dicha aplicación. Expresado de otra forma, el Derecho comunitario no supone modificaciones en el reparto interno de competencias, siempre que la aplicación de los mecanismos internos de ejecución no se traduzca en incumplimiento. Rige, pues, en esta materia, un principio de autonomía institucional y procedimental ... que la doctrina usualmente explica como exigencia de la soberanía estatal (RIDEAU), pero que, ... , puede explicarse mejor en base a los propios Trata-

⁹⁴⁵ FALCON TELLA, R.

Introducción ... Ob. cit., pág. 74.

dos".

El deber de colaboración de los Estados miembros en el cumplimiento de los fines previstos en el TCE (artículo 5 del TCE) y la adopción de las medidas necesarias para ello, explica que se reconozca la competencia de cada Estado miembro -"siguiendo las reglas de forma y de fondo de su Derecho nacional", según declara el TJCE⁹⁴⁶- en la adopción de tales medidas.

Pero la "estructura de acogida"⁹⁴⁷ nacional del Derecho Comunitario -como afirma ISAAC- implica también "elementos de fondo"⁹⁴⁸: así, le corresponde al ordenamiento nacional regular el problema de la pertinencia de la buena fe del operador económico frente a una demanda de devolución de una subvención otorgada de manera errónea (Asunto FERWEDA⁹⁴⁹) y el efecto de la repercusión de una carga sobre el derecho a su restitución (Asuntos HANS JUST⁹⁵⁰ y DENKAVIT⁹⁵¹. Oportunidad que -como se analizará en el próximo Cap.- fue inmediatamente explotada por la Administración tributaria francesa⁹⁵²).

La obligación de garantizar la efectividad de la devolución

⁹⁴⁶ STJCE de 21 de septiembre de 1983. Asunto 205 a 125/82. Deutsche Michkontor. Rec. 1982, pág. 2665.

⁹⁴⁷ ISAAC, G.
Manual ... Ob. cit., pág. 210.

⁹⁴⁸ ISAAC, G.
Manual ... Ob. cit, pág. 210.

⁹⁴⁹ STJCE 5-III-1980. Asunto 365/78. Rec. pág. 617.

⁹⁵⁰ STJCE 27-II-1980. Asunto 68/79. Hans Just I/S, cit. Rec. 1980, pág. 501.

⁹⁵¹ STJCE 27-III-1980. Asunto 61/79, cit. Rec. 1980, pág. 1205.

⁹⁵² Artículo 13 de la Ley nº 80-1094 de 30-XII-1980. J.O.R.F., pág. 3099.

dos".

El deber de colaboración de los Estados miembros en el cumplimiento de los fines previstos en el TCE (artículo 5 del TCE) y la adopción de las medidas necesarias para ello, explica que se reconozca la competencia de cada Estado miembro -"siguiendo las reglas de forma y de fondo de su Derecho nacional", según declara el TJCE⁹⁴⁶- en la adopción de tales medidas.

Pero la "estructura de acogida"⁹⁴⁷ nacional del Derecho Comunitario -como afirma ISAAC- implica también "elementos de fondo"⁹⁴⁸: así, le corresponde al ordenamiento nacional regular el problema de la pertinencia de la buena fe del operador económico frente a una demanda de devolución de una subvención otorgada de manera errónea (Asunto FERWEDA⁹⁴⁹) y el efecto de la repercusión de una carga sobre el derecho a su restitución (Asuntos HANS JUST⁹⁵⁰ y DENKAVIT⁹⁵¹. Oportunidad que -como se analizará en el próximo Cap.- fue inmediatamente explotada por la Administración tributaria francesa⁹⁵²).

La obligación de garantizar la efectividad de la devolución

⁹⁴⁶ STJCE de 21 de septiembre de 1983. Asunto 205 a 125/82. Deutsche Michkontor. Rec. 1982, pág. 2665.

⁹⁴⁷ ISAAC, G.
Manual ... Ob. cit., pág. 210.

⁹⁴⁸ ISAAC, G.
Manual ... Ob. cit, pág. 210.

⁹⁴⁹ STJCE 5-III-1980. Asunto 365/78. Rec. pág. 617.

⁹⁵⁰ STJCE 27-II-1980. Asunto 68/79. Hans Just I/S, cit. Rec. 1980, pág. 501.

⁹⁵¹ STJCE 27-III-1980. Asunto 61/79, cit. Rec. 1980, pág. 1205.

⁹⁵² Artículo 13 de la Ley nº 80-1094 de 30-XII-1980. J.O.R.F., pág. 3099.

de los indebidos comunitarios tributarios, ante la ausencia de normas del Derecho europeo sobre el particular -cuyo fundamento se encuentra en el deber de cooperación de los Estados miembros en el logro de los objetivos comunitarios, a que se refiere el artículo 5 del TCE- ha sido considerada como una *competencia residual* de los Estados miembros⁹⁵³.

En definitiva, de lo expuesto se deduce claramente que en la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario para resolver el contencioso de la devolución de los indebidos tributarios, los Estados miembros gozan de una autonomía institucional y de procedimiento.

Así, BARAV⁹⁵⁴ ha afirmado que "La aplicabilidad del derecho nacional a las demandas fundamentadas en el derecho comunitario para la reclamación de lo indebido no es más que la concretización particular de la autonomía institucional y procesal de las jurisdicciones internas".

No obstante, la aplicación pura y simple del principio de la subsidiariedad procesal en el contencioso de la devolución del indebido tributario comunitario ha planteado numerosos problemas fruto de la heterogeneidad de los medios ofrecidos por los ordenamientos jurídicos nacionales en la resolución de aquel contencioso.

¿Cómo solucionar tales problemas sin contar con una norma-

⁹⁵³ LENAERTS, K.

"L'Egalite de traitement ... ". Ob. cit., pág. 24.

⁹⁵⁴ BARAV, A.

"La repetition de l'indu ... ". Ob. cit., pág. 522.

tiva comunitaria de armonización en la materia⁹⁵⁵ ?

Ante esta situación KARPENSTEIN y MAESTRIPIERI formularon dos soluciones⁹⁵⁶. La primera de ellas (solución A) predica una separación radical entre los dos ordenamientos jurídicos, el comunitario y el nacional, al menos en la medida en la que el primero no haya dictado normas específicas, por ejemplo en materia de procedimiento, que sustituyan a las de Derecho interno.

La aplicabilidad directa de las disposiciones comunitarias y su primacía no exigirían necesariamente una adaptación de todas las normas nacionales de procedimiento, pues las exigencias de la seguridad jurídica no podrían ser ignoradas. Si la disparidad de las normas internas con las comunitarias se demuestra insoponible para la uniformidad del Derecho Comunitario, se procedería a armonizarlas sobre la base de las disposiciones del TCE.

Esta primera solución presentaría la gran ventaja de no causar trastornos para los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero tiene el gran inconveniente de que no asegura la uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.

La segunda solución (B) se opone totalmente a la primera. Se basa en los presupuestos de la primacía, la uniformidad y la

⁹⁵⁵ Hoy, tal pregunta se formula igualmente, pero excluyendo la restitución del indebido aduanero, para la que sí que existe una normativa comunitaria contenida en el CA y su RA.

⁹⁵⁶ Consúltense sobre el particular las reflexiones contenidas en "La restitution de taxes perçues indûement par l'Etat en droit communautaire". Colloque de droit européennes et de droit administratif comparé. La restitution de taxes indûement perçues par l'Etat. Etudes suisses de droit europé. Ginebra. 1976, por KARPENSTEIN, P., MAESTRIPIERI, C., LELEUX, P. y WAELBROEK, M., págs. 201 y ss., pág. 209 y ss., págs. 215 y ss. Vid. KOVAR, R. "Cour de Justice, arrêts du 16 de décembre 1976. Affaire n° 33/76 REWE et Affaire n° 45/76, Comet. Observations. Droit Communautaire et Droit Droit Procedural national". Cahiers de Droit Européen. 1977, págs. 238 y 239.

inmediatez del Derecho Comunitario. Estos imperativos no serían respetados "si la recuperación de una cantidad pagada indebidamente por un importador pudiera ser considerada en un Estado miembro en calidad de derecho subjetivo -con las consecuencias que de eso deriven sobre el plan de protección judicial- y en otro en calidad de un simple interés, cuya protección estaría condicionada por el ejercicio de una facultad discrecional de la Administración. Igual sucedería si la recuperación de cantidades indebidamente percibidas por un Estado fuera posible en algunos Estados miembros de la Comunidad y no lo fuera en algunos otros en razón de las reglas de procedimiento nacional".

La solución B es la más drástica: consiste en reconocer que la norma comunitaria directamente aplicable, del mismo modo que no puede -según la fórmula de la sentencia COSTA c. ENEL-, verse confrontada por una norma nacional contraria, no podría ver obstaculizados sus efectos por las reglas procesales del Derecho interno. De este modo, las disposiciones estatales regularían el ejercicio de los derechos que emanan únicamente de una norma comunitaria que no le sea oponible. Así, sólo serían aplicables las disposiciones nacionales comunes o idénticas.

Esta solución presenta las ventajas e inconvenientes contrarios a la primera. Persiguiendo asegurar la uniformidad del Derecho Comunitario sacrifica las exigencias de la seguridad jurídica, pues aquel no puede sustituir sus propias normas en materia de plazos por la de los ordenamientos nacionales.

Por su parte, LELEUX⁹⁵⁷ se muestra partidario de la segunda

⁹⁵⁷ Vid. KARPENSTEIN, P., MAESTRIEPERI, C., LELEUX, P. y WAELBROEK, M. "La restitution de taxes ... ". Ob. cit., pág. 210.

solución formulada. Según él, "la observancia del Derecho Comunitario directamente aplicable no debe obedecer más que a los principios y reglas existentes en el Derecho Comunitario mismo, salvo bien entendido, si el legislador comunitario ha encargado expresamente a los Estados miembros tomar medidas de ejecución".

En apoyo de esta opinión se puede citar una amplia jurisprudencia comunitaria⁹⁵⁸ que sostiene que las medidas complementarias o de ejecución adoptadas por las autoridades nacionales no pueden tener nunca por fin afectar a las normas de fondo dictadas por el legislador comunitario.

La prohibición de cobrar tributos ilegales constituye una norma básica del ordenamiento jurídico comunitario y, además, directamente aplicable. Por ello, continúa LELEUX⁹⁵⁹ "oponer reglas de Derecho nacional para obstaculizar la devolución de tributos o exacciones ilegalmente percibidas, es un impedimento para que el Derecho Comunitario tenga su plena y eficaz aplicación, y constituye por sí mismo un rechazo a proteger los derechos individuales que el particular detrae del ordenamiento comunitario y que el juez nacional tiene la obligación de salvaguardar.

No puede hacerse ninguna diferencia ... entre las disposiciones nacionales que puedan así obstaculizar la aplicación del Derecho Comunitario según la categoría jurídica a la que pertenecen, sin tener en cuenta que a veces es difícil clasificar una

⁹⁵⁸ -Asunto 40/69. Hauptzollamt Hamburg c. Bollmann. Rec. XVI, págs. 69 y ss.

-Asunto 39/70. Norddeutsches Vieh und Fleischkontor c. Hauptzollamt Hamburg. Rec. XVII, pág. 49 y ss.

⁹⁵⁹ Vid. KARPENSTEIN, P., MAESTRIEPERI, C., LELEUX, P. y WAELEBROEK, M. "La restitution de taxes ... ". Ob. cit., pág. 240.

norma nacional en tal o cual categoría".

WAELEBROEK⁹⁶⁰ considera que la lógica inherente a la aplicabilidad directa implica que la restitución por el Estado a los particulares de los tributos indebidamente percibidos no puede depender exclusivamente del ordenamiento jurídico interno.

El referido autor llega a la conclusión de que si el Derecho Comunitario obliga en principio a los Estados miembros a la devolución a los particulares, no les prohíbe establecer las condiciones y modalidades de tal restitución, especialmente al exigir que las demandas tengan lugar en determinados plazos so pena de preclusión, y al fijar los tipos de los intereses compensatorios. Por ello, la solución debe encontrarse en una ordenación del concurso de los derechos nacional y comunitario.

Expresado de otra forma: si la protección de los derechos individuales se impone por el ordenamiento jurídico comunitario a los Estados miembros, las modalidades de esta protección deben estar reguladas por el Derecho interno. Esta competencia no es en absoluto discriminatoria para los particulares. Parafraseando el artículo 189 del TCE en su definición de la Directiva, se puede decir que los Estados están obligados por el fin a atender, teniendo libertad para elegir las formas y los medios para llegar a él.

⁹⁶⁰ Vid. KARPENSTEIN, P., MAESTRIEPERI, C., LELEUX, P. y WAELEBROEK, M. "La restitution de taxes... ". Ob. cit., pág. 220.

2.3. LA AUTONOMIA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

2.3.1. IDEA GENERAL.

Se pretende en este apartado evidenciar que en la resolución del contencioso del indebido tributario comunitario, el principio de la autonomía procesal de los Estados miembros constituye una derivación del *principio de subsidiariedad*, concretamente de la denominada *subsidiariedad procesal*.

Por ello y dada la importancia de este principio en la articulación del Derecho Comunitario con los ordenamientos jurídicos nacionales -del que es un ejemplo el contencioso del indebido tributario comunitario-, se examinará el origen, concepto, funciones, ámbito de aplicación y condiciones de ejercicio de aquel principio, fundamental en la construcción de la UE.

En efecto. El importante y ambicioso proyecto de integración europea comenzado con el TUE⁹⁶¹ ha reconocido numerosas y nuevas competencias a la CE y ha incrementado notablemente las facultades de las instituciones. Esto lleva aparejado la formación de una amplio sistema de competencias compartidas, caracterizado por la ausencia de criterios jurídicos formales de reparto de facultades que redundan en la CE y en los Estados miembros. Se han suscitado así algunas preocupaciones -en cierto modo, justificadas y comprensibles- en los Estados miembros, que temen una acentuación en la erosión de su soberanía.

⁹⁶¹ Dicho Tratado fue redactado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993.

Con carácter general, se puede adelantar ya que la subsidiariedad constituye un principio a través del cual se persigue a la vez determinar en qué nivel -nacional o comunitario- han de aplicarse las normas comunitarias a los casos particulares, cómo deben cumplir los Estados las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario, y, por último, definir las reglas que permiten determinar a qué poder del Estado le corresponde dicha tarea.

2.3.2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: ANTECEDENTES Y REGULACION.

A) Orígenes remotos.

Como ha manifestado CONSTANTINESCO⁹⁶², el principio de subsidiariedad " ... parece provenir del pensamiento neo-Aristotélico, y de las exigencias organizativas de las sociedades modernas, cuya complejidad estructural y organización múltiple convierten al principio, paradójicamente en actual".

También se ha pretendido⁹⁶³ apreciar el principio de subsidiariedad en la máxima de Santo Tomás de Aquino *Ubi est plures sine ordine ibi est confusio*⁹⁶⁴: "Donde está la pluralidad sin orden allí está la confusión".

El principio que se analiza hunde sus raíces en la llamada *doctrina social de la Iglesia*, reflejándose ya a finales del Si-

⁹⁶² CONSTANTINESCO, V.

"Who's Afraid of Subsidiarity ?". YearBook of European Law. 11. 1991. Clarendon Press. Oxford, pág. 34.

⁹⁶³ MATA SIERRA, MM^a. T.

Ob. cit., pág. 182 (nota 470).

⁹⁶⁴ Summa Theológica. I, 42,3. 1270.

glo XIX en la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII:

"No es justo que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie".

En particular, la subsidiariedad se recoge en la Encíclica *Quadragesimo Anno*, promulgada por el Papa Pío XI el 15 de mayo de 1931. En dicho documento eclesiástico se expresa una concreta visión de la sociedad y de la autoridad pública; la de que ambos deben servir a los seres humanos:

"No cabe duda de que -y la historia proporciona abundantes testimonios-, como una consecuencia de la evolución de las condiciones sociales, muchas cosas que se esperaban de pequeñas asociaciones pueden ahora ser logradas sólo por grupos poderosos. Sin embargo, es innegable que ni uno ni otro pueden socavar este principio superior de filosofía social: de manera que uno no puede retirar de los individuos y transferir a la Comunidad aquellas competencias que ellos podrían ejercitar con su propia iniciativa y por sus propios medios, de modo que sería injusto y socialmente perjudicial retirar de grupos inferiores y conferir a una entidad más grande las funciones que aquellos pueden desempeñar por sí mismos. El fin natural de toda intervención en asuntos sociales es asistir a los miembros del cuerpo político y no absorverlos. Permitir la autoridad pública ceder a los grupos inferiores la atención de los asuntos menores donde se emplearía un inusitado esfuerzo. Así podría llevarse a cabo con mayor libertad y efectividad aquellas funciones que pertenecen sólo a ellos porque sólo ellos pueden realizarlos. Los Go-

biernos deberían convencerse de esto: el mejor orden jerárquico de varios grupos de acuerdo con el principio de la 'función suplementaria' de cada grupo, la más grande autoridad y el poder público, y la mayor felicidad y prosperidad de estado de los asuntos públicos".

B) Orígenes inmediatos.

La subsidiariedad es uno de los principios básicos de cualquier estructura federal, pues está estrechamente relacionada con la cuestión de la división de *competencias*⁹⁶⁵, tema este esencial en cualquier sistema político federativo.

Además, la subsidiariedad se conecta también con el principio de autonomía, otro de los principios cardinales del federalismo. Así, en 1951, STADLER se refería a esta cuestión en relación con el federalismo suizo y TINDEMANS, en un Informe sobre la CE fechado en 1976 alude también al principio⁹⁶⁶.

El principio de subsidiariedad forma parte, pues, de la tradición de muchos sistemas federales o descentralizados, por lo que resulta normal que aparezca igualmente en el sistema comunitario, el cual presenta muchas analogías con estos últimos. Por tanto, se puede afirmar que "la subsidiariedad es la expresión

⁹⁶⁵ El término *competencia* tiene un significado más restringido que el de *poder*.

Así, la *competencia* es el ámbito en el que una autoridad está habilitada para ejercitar los poderes de los que dispone.

La *competencia* supone, pues, la delegación de un poder para su ejercicio en un área concreta.

⁹⁶⁶ Vid. RODRIGUEZ-ARANA, J.

"Sobre el principio de subsidiariedad". Noticias U.E. n° 110. 1994, pág. 12.

de un tipo particular de política cultural: la de los Estados federales"⁹⁶⁷, de forma que "no es un concepto nuevo sino un elemento básico de todos los movimientos federalistas, antiguos y recientes"⁹⁶⁸.

Ya en la década de los setenta, la subsidiariedad pasa a ser objeto de debate sobre la distribución y ejercicio de las competencias en el seno de la CE⁹⁶⁹. Así, en 1977, el Reino Unido, reticente al federalismo fiscal, elaboró un Informe que concluía que, en el estado de integración prefederal de la CEE, era necesaria la subsidiariedad en la Comunidad y una acentuación del principio de solidaridad interregional o interestatal.

En el ordenamiento jurídico comunitario, la primera declaración del principio de subsidiariedad -aunque implícita e indirecta- se contenía en la primitiva redacción del artículo 5 del Tratado constitutivo de la CEEA, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

En dicho precepto se proclamaba más bien un principio de no intervención comunitaria:

⁹⁶⁷ CONSTANTINESCO, V.
Ob. cit., pág. 36.

⁹⁶⁸ JACQUE, J. P. y WEILER, J.
"Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire". RTDE. 1990, págs. 441 y 453.

⁹⁶⁹ CARRO MARTINEZ sostiene incluso que, en la redacción originaria del Tratado constitutivo de la CEE, se dan manifestaciones o síntomas del principio de subsidiariedad, pues las Directivas de su artículo 189 son bases o directrices que obligan a los Estados miembros, que han de desarrollarlas y aplicarlas de forma congruente. Se trata, en cierto sentido de competencias concurrentes entre la CEE y los Estados miembros, aunque tal vez fuese más correcto hablar de cooperación en este caso y de subsidiariedad en relación a las regulaciones estatales que existan a falta de Directivas sobre la materia. Vid. CARRO MARTINEZ, A. "La Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad". R.A.P., n° 126, pág. 217.

"La Comunidad cumplirá su misión, en las condiciones previstas en el presente Tratado, mediante intervenciones limitadas.

Las instituciones de la Comunidad ejercerán estas actividades con un aparato administrativo reducido, en estrecha cooperación con los interesados ...

... La Comunidad ...

-asegurará el establecimiento, el mantenimiento y la observancia de condiciones normales de competencia y sólo ejercerá una acción directa sobre la producción y el mercado cuando las circunstancias así lo requieran;".

La consideración de la subsidiariedad como un principio aplicable a la consecución de los objetivos comunitarios encuentra su antecedente próximo en la discusión del **Acta Unica Europea** de 1987⁹⁷⁰ por el Parlamento de la República Federal Alemana, el Estado federalista por excelencia, de entre los miembros de la CE.

Pues bien, materias que según el Acta Unica⁹⁷¹ se sitúan bajo la competencia de la Comunidad -por ejemplo, el medio ambiente o las telecomunicaciones⁹⁷²-, son competencia de los Län-

⁹⁷⁰ D.O.C.E. n° L-169 de 29 de junio de 1987. B.O.E. de 3 de julio de 1987.

⁹⁷¹ El artículo 25 del Acta Unica Europea añade al Tratado CEE los artículos 130 R), S) y T), disponiendo que la Comunidad sólo actuará en la medida en que los objetivos perseguidos por el Tratado puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente.

⁹⁷² En este punto es preciso recordar la polémica mantenida por los Länder alemanes con motivo de la Directiva comunitaria sobre la "televisión sin fronteras". Aquellos entendieron que la Comunidad había cometido un abuso de poder retirando de sus competencias una materia que formaba parte de hecho de su autonomía,

der según la Ley Fundamental alemana.

Así pues, con la introducción del principio de subsidiariedad en el TCE, los Länder veían peligrar las prerrogativas a ellos atribuidas y consagradas por sus Constituciones. Ante tal situación, la Conferencia de Presidentes de los Länder, poco dispuestos a sacrificar el federalismo en aras de la integración europea, presionaron en 1987 al Gobierno federal, demandando, no sólo su derecho a ser tenidos en cuenta durante la elaboración de la posición nacional en aquellas materias conectadas con sus específicas competencias, sino además que un observador de los mismos formara parte de la delegación alemana en el Consejo de Ministros.

La Conferencia de Presidentes de los Länder definió la subsidiariedad en el sentido de que la CE no debe asumir nuevas competencias más que cuando su ejercicio a nivel europeo sea absolutamente necesario para el interés de los ciudadanos y siempre que la plena eficacia sólo pueda lograrse desde el plano comunitario. La subsidiariedad fue concebida así de una manera muy restrictiva ante el temor de que las competencias de los Länder pudieran verse afectadas negativamente.

La postura de los Länder en defensa de sus competencias frente a la acción comunitaria obtuvo un indudable éxito⁹⁷³,

ignorando de este modo el principio de subsidiariedad.

Vid. SCHELTER. "La subsidiarité: principe directeur de la future Europe". Revue Marché Commun. 1991, págs. 138 y ss.

⁹⁷³ Consúltese SCHEFOLD, D. "La participación de los Länder alemanes en el proceso de adopción de decisiones de la Unión Europea", en PEREZ GONZALEZ, M. La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas. 1994, págs. 125 a 145.

pues en la redacción del artículo 130 R.2 del TCE se alude expresamente a las " ... situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad":

"La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad".

En consecuencia, cualquier debate sobre el futuro de las Comunidades estará determinado no ya por la presencia de sus Estados miembros sino también por la aparición dentro de ellos de grupos públicos dotados, según sus Constituciones, con inequívocas y específicas competencias. Y serán los Estados los que determinen el papel que estas regiones u otras entidades públicas territoriales menores desempeñen en la Unión, contando además, con el denominado *Comité de las Regiones* a que se refieren los artículos 198 A al C, introducidos por el TUE⁹⁷⁴.

En 1990, la Comisión Institucional del Parlamento autorizó un Informe sobre el principio de subsidiariedad, cuyo ponente fue GISCARD D'ESTAING. Inició así su andadura el **Documento A3-163/90**

⁹⁷⁴ Estos preceptos del TCE conciben al *Comité de las Regiones* como un órgano consultivo del Consejo y de la Comisión, compuesto por representantes de los entes regionales y locales.

Este órgano comunitario tiene por misión recoger las opiniones de los entes territoriales de cada Estado miembro, a título meramente consultivo, acerca de diferentes materias de su propia competencia contempladas en sus ordenamientos jurídicos.

Por consiguiente, el Comité de las Regiones constituye uno de los elementos de la ejecución del principio de subsidiariedad. Tiene como finalidad garantizar la participación de las entidades más próximas a los ciudadanos, los entes regionales y locales, en la consecución de la UE, contribuyendo así a la creación de una *Europa de los ciudadanos*.

Consúltese FERNANDEZ-CASTAÑO, E., "El Comité de las Regiones en el Tratado de la Unión Europea", en España y el Tratado de la Unión Europea. Madrid. 1994, págs. 331 a 346.

-el Informe Provisional, Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales- y el Documento A3-267/90 -la Resolución del Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad-. Del mismo modo el Consejo Europeo de Dublín declaró la necesidad de definir el referido principio a fin de que se garantizara su eficacia operativa.

En el Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales, -Informe Provisional, Documento A3-163/90- se pretendió dar una consagración política incontestable al principio. Se definió como el principio según el cual la Unión habría de ocuparse de aquellas funciones que por su envergadura, sus repercusiones o por motivos vinculados a su mejor aplicación, puedan ser llevadas a cabo de manera más eficaz por las instituciones de la Unión que por cada uno de los Estados miembros.

El referido Documento diferenciaba, pues, dos tipos de subsidiariedad: la *vertical* que hace referencia al reparto de competencias entre la Comunidad, los Estados y las Regiones, y la *horizontal*, que se refiere al juego de competencias entre poderes públicos y fuerzas sociales. Se afirma, además, que la subsidiariedad se encuentra implícitamente reconocida en los artículos 2 y 4 del TCE.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre el principio de subsidiariedad -Documento A3-267/90- prevenía la inclusión, efectiva, en los Tratados, de la consagración explícita del principio de subsidiariedad con vistas a la UE y proponía que se incluyera en los Tratados una definición del principio de subsidiariedad que precisara cuáles habrían de ser las tareas que la Comunidad podría acometer según el referido principio.

Con esta Resolución se formuló por vez primera una definición oficial del principio, inspirado en los criterios de necesidad y de eficacia. Tal definición adoptó la forma siguiente:

"Si las competencias comunitarias no se confieren de forma exclusiva o completa a la Comunidad, esta actuará, para poner en práctica su acción, en la medida en que sea necesaria para la realización de estos objetivos, porque las dimensiones o efectos de los mismos rebasen las fronteras de los Estados miembros o bien porque puedan realizarse de manera más efectiva a nivel comunitario que a nivel de los Estados miembros por separado".

Además, se consideraba necesario asegurar en el plano jurisdiccional el respeto del principio de subsidiariedad, dotando al TJCE de las competencias adecuadas.

Así, en la **Resolución del Parlamento Europeo sobre las orientaciones acerca de un proyecto de Constitución para la Unión Europea -Documento A3-165/90**, cuyo ponente fue el Diputado COLOMBO- se afirmaba que el TJCE⁹⁷⁵ "juzgará, según lo previsto en los Tratados vigentes, las delimitaciones de competencia entre los Estados miembros y la Unión definidas por la Constitución, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad; se preverán las adecuadas sanciones para los Estados miembros que no apliquen la legislación comunitaria o no cumplan de inmediato sus sentencias".

En la reunión del Consejo Europeo celebrada en Roma en octu-

⁹⁷⁵ Así, el principio de subsidiariedad puede constituir para el TJCE un criterio válido de referencia cuando haya de verificar si aquel puede justificar la emanación o el mantenimiento de una normativa nacional distinta o contraria al Derecho Comunitario.

bre de 1990, se insistió en que el principio de subsidiariedad " ... permitirá distinguir lo que es competencia de la Unión y lo que deberá seguir siendo competencia nacional". En diciembre de ese mismo año, el Consejo emitió una Declaración en la que partía de la importancia que debía reconocerse al principio de subsidiariedad, porque este es claramente un instrumento para ampliar las competencias de la CE, y también porque es el vehículo para la puesta en marcha de las políticas y decisiones de la Unión.

C) Regulación.

El último párrafo del artículo B) del TUE consagra el principio de subsidiariedad como elemento esencial del Derecho Comunitario al afirmar que "Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3 B) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea".

El haber insertado el principio de subsidiariedad en el Título I del Tratado de Maastricht, con el epígrafe *Disposiciones comunes* demuestra la importancia que se le ha querido reservar en el marco de la construcción de la UE.

En el artículo G) del mismo Tratado se acordó por los representantes de los -entonces- doce Estados miembros, que en el Tratado Constitutivo de la CEE se incluyera el artículo 3 B), en el que se establece lo siguiente:

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las

competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

El artículo G) se ubica sistemáticamente en el Título II, bajo el epígrafe *Disposiciones por las que se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea.*

2.3.3. CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE LA SUBSIDIARIEDAD.

Con el Tratado de Maastricht, la formulación del principio de subsidiariedad fue sustancialmente modificada. En efecto. El Parlamento europeo ya venía advirtiendo de la necesidad de atribuir al principio de subsidiariedad la función predominante de mantener en la esfera de los Estados miembros el mayor número posible de competencias y de garantizar la especificidad de las entidades territoriales autónomas en el marco de la mayor descentralización posible.

Por ello la subsidiariedad recibe con el TUE una significación claramente negativa y restrictiva, pues se concibe más como

un límite al desarrollo de las competencias comunitarias que como un medio por el que la expansión pueda estar legitimada.

Así, la CE interviene "sólo en la medida en la que" una doble condición se cumpla:

a) Que la actuación de la Comunidad resulte más eficaz en relación a su dimensión y a sus efectos que la llevada a cabo en un nivel inferior, y

b) Que los objetivos no puedan ser realizados de manera suficiente por los Estados miembros.

La moderna formulación de la subsidiariedad concibe a esta como un principio de organización basado en la pluralidad de niveles, enlazados por una división de atribuciones consistente en conferir o reconocer a cada nivel aquellas competencias de las que podrá hacer un mejor uso. Esto es, el ejercicio en el nivel adecuado de cierta competencia, no siendo llamado el nivel superior más que cuando los niveles inferiores no sean capaces de ejercerla⁹⁷⁶.

En una primera aproximación, el principio de subsidiariedad en el Derecho Comunitario supone la no actuación o decisión a escala europea sobre aquello que pueda ser decidido o actuado en el ámbito de cada Estado miembro.

En realidad, se puede afirmar que la "Subsidiariedad no es más que una palabra larga para resumir dos ideas simples: Que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficiente aplicación de las medidas de que se trate; y que el Gobierno, de cualquier clase, debe completar, no sustituir, la ac-

⁹⁷⁶ CARRO MARTINEZ, A.

"La Unión Europea ... ". Ob. cit., pág. 231.

ción de los individuos y de las familias"⁹⁷⁷.

No es sólo un principio de atribución de competencias, sino que además permite atribuir, delimitar y repartir competencias ajustándolas cuando existen varios niveles de poder⁹⁷⁸. Así se ha definido la subsidiariedad como "la distribución de competencias y responsabilidades entre los diferentes niveles posibles de actuación, con el fin de garantizar la máxima eficiencia en el ejercicio de determinadas acciones"⁹⁷⁹.

La subsidiariedad supone primero y principalmente el contenido negativo de una *prohibición protectora*: algo que los individuos pueden lograr por sí mismos, no puede ni debe ser tratado por otro nivel.

Pero al mismo tiempo, es un *incentivo positivo*: cuando la capacidad de una comunidad para actuar resulta inadecuada, sus competencias no se transferirían instantáneamente a un nivel más alto. Muy al contrario, este debe primero adoptar las medidas apropiadas para componer la capacidad de actuación de los grupos inferiores. Sólo si este restablecimiento de la capacidad de actuación de los grupos inferiores temporalmente ausente no logra mantenerse, necesitaría entonces una verdadera transferencia de

⁹⁷⁷ Vid. GOMEZ PEREZ, R.

"Aclarándose con la subsidiariedad". *Expansión*. 12-XII-1992, pág. 2.

⁹⁷⁸ MATA SIERRA, M^a. T.

La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea. Lex Nova. Valladolid. 1993, pág. 182.

⁹⁷⁹ PIÑOL I RULL, J.L., PI I SUÑER, M. y CIENFUEGOS MATEO, M.

"El principi de subsidiariedad i la seva aplicació a les entitats subestatals: conseqüències en el desenvolupament de les Comunitats Europees". *Quaderns de treball*, n° 33. Instituts d'Estudis Autònoms. Barcelona. 1991, pág. 107.

las mercancías de retorno consideradas.

3° Ejemplar de la declaración de exportación entregado al exportador en el momento del cumplimiento de las formalidades de exportación de las mercancías, o una copia de esta declaración certificada por la aduana de exportación.

El plazo para la presentación de la solicitud de devolución será de doce meses a contar desde la fecha de admisión de la declaración de exportación.

1.2.3. PROCEDIMIENTO DE CONCESION.

El procedimiento de concesión de la devolución de los ingresos aduaneros indebidamente satisfechos se regula en los artículos 883 a 898 del RA.

A) Instrucciones previas.

Sin que necesariamente se prejuzgue el resultado del procedimiento de concesión de la devolución, la *autoridad aduanera de decisión*⁸⁵⁸ podrá autorizar el cumplimiento de las formalidades

rechos del Arancel Aduanero común y no se hayan beneficiado de una devolución total o parcial de tales derechos". ALBÍ IBAÑEZ, E. y GARCIA ARIZNAVARRETA, J. L. "Impuestos aduaneros", en Sistema ... Ob. cit. Tomo II, pág. 927.

⁸⁵⁸ Artículo 877.1 b):

"b) *Autoridad aduanera de decisión*: la autoridad aduanera del Estado miembro en el que se hayan contraído los derechos de importación o exportación cuya devolución o condonación se solicite y que esté habilitada para resolver dicha solicitud".

competencias.

Se ha sostenido también que la subsidiariedad tiene dos dimensiones:

1ª *Dimensión de proximidad*, en virtud de la cual se prohíbe sustraer a un nivel de poder próximo a los ciudadanos todo lo que tal nivel puede realizar por sí mismo.

2ª *Dimensión de eficacia*, que supone la incitación a transferir a cada nivel de poder, aquello que puede realizar más eficazmente⁹⁸⁰.

A veces, incluso, puede suceder que un determinado objetivo pueda lograrse mejor actuando conjuntamente el nivel superior y el inferior, en lugar de excluirse el uno al otro. A esta posibilidad se refiere el artículo K.3 2 b) del TUE:

"2. El Consejo podrá,

b) adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por una acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada;".

El razonamiento anterior explica por qué la subsidiariedad, desde un inicio, ha desempeñado un doble papel. Así, en el debate sobre la construcción europea, el principio que se analiza es aprobado tanto por:

1º Aquellos que lo utilizan para justificar una amplia-

⁹⁸⁰ LENAERTS, K. y VAN YPERSELE, P.
Ob. cit., pág. 48.

ción de los poderes de la Comunidad, optando por una UE real y aceptando la consiguiente pérdida de soberanía en la búsqueda de un ulterior bien común, como por

2° Aquellos que, al contrario, intentan detener este proceso, manteniendo la situación presente, preservando los poderes de los Estados miembros⁹⁸¹ y relegando a la UE a una simple ilusión.

El concepto de subsidiariedad contribuye a la superación del concepto -otrotra indiscutible- de soberanía del Estado, en favor del concepto de *supranacionalidad*⁹⁸², al mismo tiempo que -según las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo sobre el Prin-

⁹⁸¹ CONSTANTINESCO explica de este modo el fenómeno que se analiza:

" ... La subsidiariedad supone primero y principalmente el contenido negativo de una *prohibición protectora*: algo que los individuos pueden lograr por sí mismos y por sus propios esfuerzos no podría ser llevado y tratado por otro nivel. Pero, como también se desprende del texto, la subsidiariedad es igualmente un *incentivo positivo* cuando la capacidad de una comunidad para actuar resulta inadecuada, sus poderes no se encargarían inmediatamente a un nivel más alto.

Por el contrario, este último debería primero y principalmente adoptar las medidas apropiadas para componer la capacidad de los grupos inferiores para actuar. Sólo si este restablecimiento de la capacidad del orden de los grupos inferiores temporalmente ausente resulta perdurable, necesita una verdadera transferencia de poder.

Así desde el mismo comienzo, la subsidiariedad juega un doble papel; y en el debate de la Comunidad es esto lo que explica por qué es aprobado tanto por aquellos que confían utilizarlo para justificar una ampliación de los poderes de la Comunidad como por aquellos que, por el contrario, proponen detener este proceso y preservar los poderes de los Estados miembros". CONSTANTINESCO, V. Ob. cit., pág. 35.

⁹⁸² Sobre la *supranacionalidad* escribió SCHUMAN que " ... se sitúa a igual distancia entre: por una parte, el individualismo internacional que considera intangible la soberanía nacional y no acepta como limitaciones de la soberanía más que obligaciones contractuales ocasionales y revocables; por otro lado, el federalismo de los Estados que se subordinan a un super Estado dotado de soberanía propia". REUTER. La Communauté Européenne du Charbon et d'Acier. L.G.D.J. París. 1953, pág. 7.

cipio de Subsidiariedad⁹⁸³- "contribuye al respeto a las identidades nacionales de los Estados miembros y salvaguarda sus atribuciones; y tiene por finalidad que las decisiones dentro de la Unión Europea se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos".

En efecto, el reconocimiento de una pluralidad de entidades territoriales con *competencias* propias (más que *poderes*) permite una sustitución racional de una estructura basada en un poder estatal soberano y, por ende, ilimitado, que poco a poco se va desmantelando en favor de entidades supranacionales⁹⁸⁴. Estas engloban los entes estatales, regionales⁹⁸⁵ y locales, articulando las competencias de cada uno de ellos en la consecución de

⁹⁸³ "Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo del 12 de diciembre de 1992 referidas al Principio de Subsidiariedad: Enfoque general de la Aplicación por el Consejo de tal Principio y del artículo 3. B) del Tratado de la Unión Europea. Ejemplos de Revisión de Propuestas en curso y de Legislación en vigor". Gaceta Jurídica de la C.E.E. B-81. Enero/Febrero 1993, pág. 63.

⁹⁸⁴ Vid. al respecto, ORDOÑEZ SOLIS, D. "Administraciones nacionales ... ". Ob. cit., págs. 29 y ss.

⁹⁸⁵ El protagonismo de las regiones en el imparable proceso de integración europea es creciente. Ello -afirma ESTEVEZ ABELEIRA- "se produce bien a través de su potencial participación en los procesos de decisión estatal-comunitarios, tanto en su fase ascendente, tomando parte de forma << jurídicamente exigible >> en la formación de la voluntad del Estado para su posterior expresión en las instituciones comunitarias, como descendente, ejecutando las decisiones que hayan podido ser adoptadas por esas instituciones de la Unión; bien, por medio de una participación amplia dentro de los límites de la Constitución, en acuerdos interregionales o transfronterizos; bien, aplicando el principio de subsidiariedad, por virtud del cual el nivel más bajo tendrá todas las competencias posibles, puesto que las decisiones deberá adoptarse en el nivel más próximo y cercano a los ciudadanos". ESTEVEZ ABELEIRA, T. "La Unión Europea y la Administración Única". Noticias U.E., n° 135. Abril. 1996, pág. 10.

Consúltese también PEREZ CALVO, A. "Participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la posición que el Estado ha de trasladar a las Instituciones Comunitarias". Documentación Administrativa, núms. 232-233. Octubre 1992-marzo 1993, pág. 269.

los objetivos comunitarios, a través del principio de subsidiariedad.

Como afirma MULLERAT⁹⁸⁶, " ... en virtud del principio de subsidiariedad el proceso hacia una unidad integrada de los pueblos de Europa no ha de pasar por una acción centralizadora sino muy al contrario, porque las decisiones se adopten lo más cerca posible de los ciudadanos".

La aplicación de este principio resulta muy compleja. A menudo son condicionantes políticos los que determinan su realización.

Así, el espíritu con que se pretendió la plasmación de la subsidiariedad en el Tratado fue muy diferente según los intereses de cada Estado miembro. Mientras Alemania pretendía con ello la protección de las competencias de sus Länder, el Reino Unido de Gran Bretaña trataba de impedir una pérdida de su poder de decisión como Estado soberano, difuminando de esa forma el proceso de integración europea.

Una interpretación correcta de la subsidiariedad conduce a considerarla como un límite a la acción comunitaria, de una parte, y de otra, como una obligación de la Comunidad a actuar.

En cualquier caso, se debe evitar una interpretación extensiva de este mecanismo de distribución de competencias en distintos niveles -tendente a lograr un eficaz cumplimiento de los fines comunitarios- como un medio para obstaculizar o entorpecer la construcción de la UE.

El significado del principio de subsidiariedad en la actua-

⁹⁸⁶ MULLERAT, R.

"La Subsidiariedad de Maastricht". Expansión, 12-IV-1993, pág. 2.

ción comunitaria se ve reflejado en la **Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Investigación después de Maastricht** de 1992⁹⁸⁷:

"El Consejo Europeo de Maastricht ha establecido un principio guía para la actuación comunitaria: el Principio de Subsidiariedad. Este principio determina una línea directriz que permite incrementar la selectividad de las acciones comunitarias. Regula la delimitación, crucial desde el punto de vista institucional y político, entre la actuación nacional y la actuación comunitaria ... La subsidiariedad aparece, y la Comunidad puede intervenir de forma legítima, cuando una acción dada se realiza mejor a nivel comunitario, en razón de su dimensión o de sus efectos. Teniendo en cuenta estos dos criterios, se obtienen orientaciones útiles e importantes para la aplicación concreta del principio. Conviene hacer aquí una observación importante, de carácter general, en lo que respecta a la aplicación del principio de subsidiariedad: El reconocimiento de una competencia comunitaria no se traduce necesariamente en una intervención financiera, pues la Comunidad puede también actuar por vía normativa o de coordinación".

En definitiva, el principio de subsidiariedad constituye una solución acertada en la distribución de competencias entre los diferentes niveles de decisión (Comunidad, Estados y entes territoriales regionales o locales) con el fin último de lograr los objetivos comunitarios marcados en el Tratado.

⁹⁸⁷ Vid. "La investigación después de Maastricht: Un balance, una estrategia. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo" [SEC (92) 682 final].
D.O.C.E. Suplemento 2/92, pág. 26.

2.3.4. FUNCIONES.

El principio de subsidiariedad es un principio que presenta una notable ambigüedad por las diferentes acepciones que reviste y las distintas funciones que le son atribuidas según los intereses que se pretende proteger. En efecto, puede ser considerado como un freno a las "incursiones" comunitarias en los sectores de competencias compartidas, o como un principio instrumental para provocar la intervención de la Comunidad, según una evaluación hecha en términos de oportunidad y de eficacia de estas mismas instituciones comunitarias⁹⁸⁸.

Se puede afirmar que son dos las funciones que desempeña el principio de subsidiariedad aplicado al ámbito comunitario:

1ª Función. Reparto constitucional de competencias.

Esta función supone que las instituciones comunitarias delegarán en los Estados miembros el ejercicio de competencias de ejecución o de control.

Se encuentra regulada dicha función en el Preámbulo del TUE, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992:

"Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual *las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad ...* ".

⁹⁸⁸ Vid. STROZZI, G.

"Le principe de subsidiariedad dans ...". Ob. cit., pág. 375.

Y de manera sintética se contiene también en el Artículo A segundo párrafo:

"El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual *las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos*".

Por consiguiente, en el ámbito del reparto vertical de competencias locales, regionales, nacionales y comunitarias, la subsidiariedad implica que el nivel superior actuará sólo cuando la acción del inferior resulte insatisfactoria o ineficaz; en términos positivos, el nivel más bajo tendrá todas las competencias posibles, puesto que las decisiones deberán adoptarse en el nivel más próximo y cercano a los ciudadanos⁹⁸⁹.

2ª Función. *Regulación del ejercicio de las competencias comunitarias.*

A esta función se refiere claramente el artículo 3 B⁹⁹⁰ del

⁹⁸⁹ Además, en el reparto constitucional de competencias que implica el principio de subsidiariedad, aparece el llamado principio de la *Administración Unica*. Así para ESTEVEZ ABELEIRA, esta es una traducción de la subsidiariedad, " ... en cuanto exige que en cada nivel administrativo se asuma el conjunto de la actividad administrativa porque se está en mejores condiciones de hacerlo, al estar más cerca de la base y de los legítimos intereses correspondientes". Vid. ESTEVEZ ABELEIRA, T. "La Unión Europea...". Ob. cit., págs. 10 y 11.

⁹⁹⁰ En la aplicación de este precepto, LENAERTS y VAN YPERSELE identifican cuatro etapas:

- 1ª Definición de un objetivo comunitario.
- 2ª Apreciación de la aptitud de los Estados miembros para alcanzarlo.
- 3ª Apreciación de la aptitud comunitaria para lograr dicho objetivo.
- 4ª Necesidad de optar por la alternativa de la intervención de los Estados miembros, pues de

TUE:

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigne [principio de atribución de competencias].

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al *principio de subsidiariedad*, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario [principio de subsidiariedad].

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado [principio de proporcionalidad] ".

El denominado *principio de proporcionalidad* -formulado en el tercer párrafo del precepto recién transcrito- condiciona y limita la actuación comunitaria.

También el último párrafo del artículo B del TUE determina que "Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del *principio de subsidiariedad* tal y como se define en el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea".

De estas disposiciones se desprende, pues, un espíritu favo-

lo contrario, se acarrearía un grave perjuicio a estos y no se satisfaría el fin comunitario.

LENAERTS, K. y VAN YPERSELE, P.
Ob. cit., pág. 77.

rable a la administración indirecta o descentralizada de las competencias comunitarias.

En definitiva, como afirma STROZZI⁹⁹¹ "La función auténtica del principio de subsidiariedad ... es la de determinar las hipótesis en las que el ejercicio de una determinada competencia prevista en el Tratado puede ser ejercida por la Comunidad, y ser así detraída a los Estados miembros. [El principio de subsidiariedad] sirve para limitar y contener esta << intrusión >> en las competencias estatales al reglamentar la dinámica de las relaciones entre los Estados miembros y la Comunidad en los ámbitos de competencias compartidas".

2.3.5. AMBITO DE APLICACION Y CONDICIONES PARA SU EJERCICIO.

El principio de subsidiariedad sólo es aplicable a aquellos ámbitos que no son competencia exclusiva⁹⁹² de la CE.

El Tratado de Maastricht, no contiene un listado de materias que correspondan en exclusividad a la Unión, como normalmente sucede en las Constituciones de los Estados federales. Y ello, porque el Tratado no crea una Europa con estructura federal.

⁹⁹¹ STROZZI, G.
Ob. cit., pág. 380.

⁹⁹² LEANERTS y YPERSELE recogen la distinción entre *competencias exclusivas por naturaleza* y *competencias exclusivas por ejercicio* consagrada por la jurisprudencia del TJCE.

Así, son competencias exclusivas por naturaleza aquellas en las que el Tratado excluye desde el origen toda acción nacional en razón de la naturaleza de los objetivos asignados a la Comunidad.

Las competencias exclusivas por ejercicio, por el contrario, son aquellas en las que es el Derecho comunitario derivado el que ha excluido progresivamente la acción de los Estados miembros.

LEANERTS, K. y YPERSELE, P.
Ob. cit., pág. 21.

Así, quedan excluidas de la aplicación del principio de subsidiariedad, por ser competencia exclusiva de la Comunidad⁹⁹³, la Política Agrícola y Pesquera Comunitaria, la Política Comercial Común, y la armonización.

Respecto de la armonización, el artículo 100 del TCE determina claramente su carácter de competencia exclusiva:

"El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común".

LENAERTS y VAN YPERSELE⁹⁹⁴ explican así el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad:

"Fuera de los ámbitos que dependen de su competencia, la Comunidad no interviene más que en la medida en la que los objetivos de la actuación contemplada no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y por lo tanto pueden ser mejor realizados al nivel comunitario. Por consiguien-

⁹⁹³ No obstante, advierten LENAERTS y VAN YPERSELE, " ... la exclusividad de una competencia comunitaria no impide que la Comunidad delegue algunas potestades. En efecto, ... la exclusividad de una competencia no es obstáculo para la intervención de los Estados miembros como mandatarios de la Comunidad, sentado que esta intervención sea estrictamente delimitada por la Comunidad a través de una delegación de potestades (<< habilitación específica por parte de la Comunidad >>) que precisa bien el sentido de la utilización de estos poderes bien el procedimiento según el cual deben ser utilizados". LENAERTS, K. y YPERSELE, P. "Le principe de subsidiarite et son contexte: etude de l'article 3 B du Traite CE". Cahiers de Droit Européen, n° 1-2. Vol. X. 1994, pág. 16.

⁹⁹⁴ LENAERTS, K. y VAN YPERSELE, P.
Ob. cit., pág. 64.

te, la amplitud de su actuación, delimitada en relación a la de los Estados miembros, debe limitarse a la que es indispensable para completar la actuación de los Estados miembros y para permitir así la realización de los objetivos de la actuación prevista. Si los Estados miembros son totalmente ineptos para contribuir a la realización de los objetivos de la actuación contemplada, la Comunidad podrá imponer su actuación sin límite. Puesto que los Estados miembros no pueden contribuir más que parcialmente a la consecución de los mencionados objetivos, los incitará, los ayudará o los constreñirá a hacer lo que les sea posible hacer y hará ella misma lo que aquellos no pueden hacer. La intervención de la Comunidad deber ser subsidiaria en el sentido de *subsidium* (tropa de reserva)".

La aplicación de la subsidiariedad como criterio de organización o distribución de competencias para el cumplimiento de objetivos comunitarios⁹⁹⁵ tendrá lugar cuando:

1° La materia sobre la que se pretende actuar no esté atribuida con exclusividad a la CE.

2° Los objetivos perseguidos puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros.

3° Pueda lograrse con mayor eficacia el fin de que se trate a nivel nacional.

En consecuencia, una competencia no exclusiva de la Comunidad sólo podrá desarrollarse por ésta cuando los objetivos que con su ejercicio se persiguen no puedan ser alcanzados de manera

⁹⁹⁵ Vid. "El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea". Revista Aduanas informa sobre Comunidades Europeas (Ministerio de Economía y Hacienda. Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales), n° 51. Nov.-Dic. 1992, págs. 15 a 18.

satisfactoria por los Estados miembros, sino por la CE misma. En tal caso, no procede la aplicación del principio de subsidiariedad en favor de los Estados miembros, aunque condiciona el ejercicio de la competencia comunitaria⁹⁹⁶.

Pero, en virtud del principio de proporcionalidad, el ejercicio de una competencia por la CE no deberá usurpar las competencias residuales de los Estados miembros más que lo indispensable para conseguir los objetivos trazados por el TUE. En este caso, se delimita la amplitud de la actuación comunitaria.

En particular, según un Informe elaborado en 1992 por el Comité de Representantes Permanentes ante las Comunidades Europeas sobre el principio de subsidiariedad, la CE no deberá actuar para armonizar legislación o normas nacionales cuando ello no sea necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.

2.3.6. VALORACION.

Para algunos⁹⁹⁷ el principio de subsidiariedad se puede

⁹⁹⁶ Así, según STROZZI, "El ejercicio de una competencia compartida por parte de la Comunidad por el efecto del principio de subsidiariedad no comporta que aquella llegue automáticamente a ser exclusiva en el ámbito en cuestión, ni probablemente incluso, definitiva. Esta jugará solamente en los límites indicados por el principio mismo, en relación al objetivo perseguido y en tanto subsistan las condiciones que han motivado el ejercicio. Tal ejercicio no puede afectar más que a ciertos aspectos y debe limitarse solamente a aquellos en que la acción comunitaria aparece y continúa apareciendo necesaria. Los otros aspectos quedan de pleno derecho en la soberanía de los Estados miembros, a menos que y hasta el momento en el que las condiciones requeridas por el principio de subsidiariedad se verifiquen por una transferencia de aquellos al nivel superior". Vid. STROZZI, G. "Le principe de subsidiarité dans ...". Ob. cit., pág. 381.

⁹⁹⁷ Informe presentado por Jacques DELORS, el 21 de marzo de 1991, al coloquio sobre Maastricht del Instituto Europeo de Administración Pública.

prestar a abusos por parte de los Estados miembros para frenar el proceso de integración comunitaria, al conferirles aquel principio una especie de derecho de veto, una justificación para bloquear las políticas comunes ya asignadas a la CE, para sustraerse a las obligaciones planteadas por la actuación comunitaria o, incluso, para contestarla pretextando su legitimidad a fin de defender los intereses nacionales egoístas.

El principio de subsidiariedad podría crear, de este modo, una situación de gran conflictividad entre los Estados miembros y la UE, al menos hasta el momento en el que no pueda asegurarse, con criterios más precisos, una distribución equilibrada y homogénea de poderes y competencias dentro de la Comunidad.

Pero las preocupaciones de aquellos que ven en el principio de subsidiariedad un peligro para los intereses de los Estados miembros o para la consecución de los fines de la CE no están justificadas⁹⁹⁸.

Ante todo, defender este argumento sería ignorar o desconocer la exigencia profunda de salvaguardar la autonomía de los Estados y de las entidades locales, lo que constituye una exigencia imprescriptible si no se quiere con ello crear obstáculos posteriores al proceso efectivo de integración. En segundo lugar, tal cuestionamiento podría surgir únicamente cuando el Estado ha sido puesto en minoría en el seno del Consejo, y por consiguiente en casos bastante limitados. Además, la aplicación de la subsidiariedad deberá de todos modos ser evaluada y resuelta por el órgano judicial apropiado, con la ayuda de mecanismos procesales ade-

⁹⁹⁸ STROZZI, G.

"Le principe de subsidiarité dans ...". Ob. cit.,
pág. 382.

cuados que proporcionen las garantías precisas para una aplicación concreta del principio a fin de evitar abusos sucesivos en su utilización puramente instrumental.

De otra parte, resulta evidente que no se podrá hablar de violación del principio de subsidiariedad cuando la CE interviene en los sectores de competencias compartidas por medio de actuaciones que no entrañan ni un perjuicio ni una usurpación sobre las competencias estatales en la materia. Por ejemplo, a través de Recomendaciones a los Estados miembros, por Comunicaciones o Directivas que contienen principios generales. Puesto que se trata de competencias compartidas, no se puede prohibir a la CE el ocuparse de ello cuando se comprueba la necesidad de proveer a los Estados miembros ciertas orientaciones⁹⁹⁹.

El Consejo Europeo de Edimburgo¹⁰⁰⁰ confirmó la importancia atribuida al principio de subsidiariedad como principio fundamental de la Unión y la voluntad de respetarlo, pero resulta evidente el intento de realizar por su parte algunas restricciones al mismo. Así, se ha declarado que la subsidiariedad no puede cuestionar las competencias conferidas a la CE, la experiencia comunitaria o influir sobre la primacía del Derecho Comunitario, ni poner en cuestión el principio consagrado en el artículo F.3 del TUE, según el cual "La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas".

El Consejo Europeo ha precisado además que el principio de subsidiariedad no produce efectos directos y que aun estando so-

⁹⁹⁹ Vid. STROZZI, G.

"Le principe de subsidiarité dans ... ", pág. 382.

¹⁰⁰⁰ Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 12 de diciembre de 1992 referidas al Principio de Subsidiariedad.

metido al control del TJCE, sólo puede intervenir en los sectores regidos por el TCE.

Se trata esta de una limitación a la subsidiariedad no exenta de importancia. Según la declaración del Consejo Europeo citada, el referido principio, en primer lugar, no puede ser invocado directamente por los interesados en la aplicación de la normativa de un ordenamiento jurídico interno -si bien no podrá impedirles solicitar al TJCE el ejercicio de un control sobre el respeto del principio en el marco de un recurso directo o de un recurso prejudicial-. Y en segundo término, las actuaciones de la Unión en los ámbitos que no corresponden a la CE escapan al control del TJCE.

En cualquier caso, se puede concluir que mediante la subsidiariedad, los autores del TUE han pretendido conciliar la voluntad de que "las decisiones sean tomadas lo más cerca posible de los ciudadanos", (respetando su historia, cultura y tradiciones), con la voluntad de "continuar sin tregua la construcción de una Unión más estrecha entre los pueblos de Europa"¹⁰⁰¹.

2.3.7. LA AUTONOMIA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA RESOLUCION DEL CONTENCIOSO DEL INDEBIDO COMUNITARIO TRIBUTARIO COMO EXPRESION DE LA SUBSIDIARIEDAD PROCESAL.

Del análisis hasta ahora realizado, se desprende que la subsidiariedad pretende articular las relaciones competenciales entre la CE y los Estados miembros en la consecución de los objeti-

¹⁰⁰¹ LENAERTS, K. y VAN YPERSELE, P.
Ob. cit., págs. 82 y 83.

vos comunitarios, de manera que las instituciones comunitarias sólo intervendrán en la ejecución del Derecho comunitario cuando puedan hacerlo mejor y con mayor eficacia que los órganos designados por los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Precisamente uno de los ámbitos en los que la denominada *subsidiariedad procesal* entra en juego es en la relación entre la jurisdicción del TJCE y los Derechos nacionales de los Estados miembros con motivo del contencioso del indebido comunitario tributario.

El artículo 164 del TCE atribuye al TJCE la competencia de garantizar " ... el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado".

Pero, ya sabemos que en el ámbito comunitario, no existe norma alguna -excepto en materia aduanera- que regule directamente ni el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución, ni la ejecución de la resolución que declare un ingreso tributario como indebido.

Ante tal situación, el Tribunal europeo lo único que hace es aplicar el TCE, declarando el carácter indebido del ingreso tributario exigido por la Administración nacional por ser incompatible con el Derecho Comunitario, reconocer el derecho del reclamante a su devolución y remitirse a los Estados miembros para que sean sus ordenamientos jurídicos los que disciplinen el procedimiento a seguir para la restitución del indebido, convirtiéndose así esta materia en una *competencia residual*¹⁰⁰² de di-

¹⁰⁰² Vid. esta expresión en, LENAERTS, K. y VAN YPERSELE, P. "Le principe de subsidiarite ...". Ob. cit., págs. 61, 78, etc., y en LENAERTS, K. "L'Egalite de traitement en Droit Communautaire ...". Ob. cit., pág. 24.

chos Estados miembros.

Por consiguiente, el TJCE admite que a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro (competencia residual) "regular las modalidades procedimentales de los recursos destinados a asegurar la salvaguarda de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho Comunitario teniendo en cuenta que estas modalidades no pueden ser menos favorables que las que corresponden a los recursos similares de naturaleza interna"¹⁰⁰³.

Que esta sea la mejor forma de proceder para alcanzar los objetivos comunitarios, es decir, que haya de aplicarse al contencioso de la restitución del indebido tributario comunitario el principio de subsidiariedad es muy discutible.

Por consiguiente, la competencia de la "aplicación del presente Tratado" a que se refiere su artículo 164, no es ejercida con exclusividad por el TJCE, pues también intervienen, por delegación expresa de aquel, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. No obstante estos, en la interpretación de las normas y actos comunitarios, han de remitirse con carácter previo a la decisión del TJCE, a través de la vía prejudicial del artículo 177 del TCE.

La jurisdicción nacional se podría entender así como *subsidiaria* frente al carácter exclusivo de la jurisdicción comunitaria

¹⁰⁰³ Vid. STJCE 16-XII-1976. Asunto 33/76. Rewe. Rec. 1976, pág. 1998 (apdo. 5) y STJCE 16-XII-1976. Asunto 45/76. Comet. Rec. 1976, p. 2053 (apdo. 13).

ria¹⁰⁰⁴, en el sentido de que son los Estados miembros los que determinan el procedimiento para hacer efectivo el derecho a la devolución que el propio TJCE ha reconocido previamente. El término de subsidiariedad procesal expresa así una cierta distribución de competencias entre la CE -en este caso, una de sus instituciones, el TJCE- y los Estados miembros¹⁰⁰⁵.

Expresado de otra forma: el que en materia de devolución del indebido tributario comunitario, la intervención del TJCE sea subsidiaria respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales implica que el Tribunal europeo sólo intervendrá cuando la armonización jurisprudencial o de segundo grado resulte imprescindible para salvaguardar la efectividad de las disposiciones del TCE.

Además, no hay que olvidar que en la *Declaración relativa a la aplicación del Derecho comunitario* del TUE se reconoce que " ... corresponde a cada Estado miembro [no a las instituciones de la CE, ni siquiera al TJCE] determinar la mejor forma de aplicar las disposiciones del Derecho comunitario, pero, en todo caso, respetando las disposiciones del artículo 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ... ".

¹⁰⁰⁴ La exclusividad de la jurisdicción del TJCE significa que los litigios que le están sometidos se sustraen de pleno derecho a la jurisdicción de los Tribunales nacionales, tal y como prevé el artículo 219 del TCE:

"Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado".

¹⁰⁰⁵ Sobre el particular, puede consultarse el Capítulo XVI, "Competencias y funcionamiento del Tribunal de Justicia", del Vol. I del Tratado de Derecho Comunitario Europeo, por GARCIA DE ENTERRIA, E., GONZALEZ CAMPOS, J. y MUÑOZ MACHADO, S. Cívitas. Madrid. 1986, págs. 662 a 667.

Otro ejemplo de *subsidiariedad procesal* se produce con ocasión de la indemnización por daños derivada de la responsabilidad extracontractual en que puede incurrir la CE, según los artículos 178 y 215 del TUE.

En este caso, se trata de determinar cuál es el Tribunal que ha de atender una demanda por indemnización de esta naturaleza: ¿ un tribunal nacional o el TJCE ?

Ante estas dos opciones extremas, el mismo Tribunal europeo de Luxemburgo ha formulado una tercera solución: la acción por daños ante el TJCE es subsidiaria a los procesos nacionales.

CONSTANTINESCO¹⁰⁰⁶ explica de este modo tal situación:

"Se puede dar un ejemplo de este tipo de subsidiariedad citando los artículos 178 y 215 del Tratado de la CEE, cuyo objeto es tratar asuntos donde la Comunidad incurre en responsabilidad. Para ser más precisos, la noción de *subsidiariedad procesal* [la cursiva es nuestra] ayuda a clarificar las relaciones entre la jurisdicción del Tribunal de Justicia y la de los Tribunales nacionales en situaciones donde las áreas de la acción normativa de la Comunidad y de los Estados miembros coinciden. Esto sucede en el contexto de lo que se denomina 'administración indirecta'. Como es sabido, esta expresión se refiere a la situación más común para la aplicación del Derecho Comunitario, el cual es rara vez por sí mismo el objeto de un acto directo de las instituciones y normas de la Comunidad. Cuando se produce un perjuicio al final de una cadena normativa, la cuestión surge acerca de cuál es el tribunal adecuado para atender una demanda por in-

¹⁰⁰⁶ CONSTANTINESCO, V.
Ob. cit., págs. 42 y 43.

demnización. En el caso de concurrencia de errores nacionales y de la Comunidad, se puede en teoría dudar sobre tres tipos de soluciones. Entre los extremos -jurisdicción comunitaria exclusiva o jurisdicción nacional- el Tribunal de Justicia ha optado por un tercer criterio, el cual permite definir su propia jurisdicción como subsidiaria a aquella de los tribunales de los Estados Miembros. Así se puede concluir que 'la acción por daños en el Tribunal de la Comunidad es subsidiaria a los procesos nacionales'. Este tipo de subsidiariedad se funda en otros ordenamientos jurídicos. Suiza es un ejemplo donde es una cuestión de clasificación de relaciones entre los recursos de Derecho Público y los otros tipos de procedimientos federales de declaración de inconstitucionalidad. Este empleo del término de subsidiariedad es una expresión técnica, pero que ilustra el principio y, en el área de la competencia judicial, refleja una cierta distribución de competencias".

ISAAC¹⁰⁰⁷ advierte también de la existencia de una *subsidiariedad procesal* en materia de responsabilidad de las Administraciones nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario: " [El TJCE] ... queriendo evitar las transferencias de responsabilidad [no hacer pagar a la Comunidad lo que debe serlo por las autoridades nacionales] ... [y] ... deseoso, finalmente, por razones prácticas, de eliminar de su sala de audiencias la mayor cantidad de recursos directos, ... persigue sistemáticamente los recursos de responsabilidad << disfrazados >> y remite normalmente a los demandantes ante las jurisdicciones nacionales

¹⁰⁰⁷ ISAAC, G.
Manual ... Ob. cit., págs. 279 y 280.

... [consagrando así] ... una *regla general de subsidiariedad*".

CAPITULO V. LA APLICACION JUDICIAL DEL DERECHO EURO-
PEO SOBRE LA DEVOLUCION DE INDEBIDO TRIBUTA-
RIO COMUNITARIO. CONTENCIOSOS SURGIDOS. LI-
MITES A LA AUTONOMIA PROCESAL E INSTITUCIO-
NAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

CAPITULO V. LA APLICACION JUDICIAL DEL DERECHO EUROPEO SOBRE LA DEVOLUCION DE INDEBIDO TRIBUTARIO COMUNITARIO. CONTENCIOSOS SURGIDOS. LIMITES A LA AUTONOMIA PROCESAL E INSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

1. LA APLICACION JUDICIAL DEL DERECHO EUROPEO SOBRE LA DEVOLUCION DEL INDEBIDO TRIBUTARIO COMUNITARIO.

1.1. EL TJCE EN LA CONSTRUCCION DEL DERECHO EUROPEO. EN PARTICULAR, EL CONTENCIOSO DEL INDEBIDO TRIBUTARIO COMUNITARIO.

Se ha evidenciado en Caps. anteriores que el Derecho Comunitario en materia de devolución de ingresos tributarios indebidos se muestra fragmentario e incompleto, al no proporcionar un texto normativo que discipline en su conjunto la formas de devolución y las condiciones del ejercicio de la reclamación de restitución de lo indebido (salvo los preceptos del CA y de su RA estudiados, respecto de la devolución de los derechos a la importación y exportación).

La inexistencia de una norma comunitaria que aproxime los dispares procedimientos estatales para hacer efectivo el derecho a la devolución de ingresos indebidos en materia tributaria en todos los ámbitos en los que esta puede surgir ha motivado que sean los Tribunales internos los que deban decidir conforme al Derecho propio de cada Estado miembro.

Por consiguiente, las reglas comunitarias sobre la restitución

ción presentan una importante laguna en la regulación de las modalidades de la reclamación de devolución, las normas de procedimiento y las condiciones para el ejercicio de la acción, por cuanto que no existe un texto normativo que aproxime las variadas legislaciones estatales en la materia.

Ello implica -como se ha analizado- que sea a los diversos y heterogéneos ordenamientos nacionales a quienes incumba determinar las modalidades de acción para recuperar lo indebidamente ingresado. El *principio de la autonomía de los Estados en la elección de los procedimientos de ejecución del Derecho Comunitario* provoca así ciertas diferencias en la aplicación efectiva de tal Derecho.

Pero, la aplicación descentralizada del ordenamiento jurídico comunitario, su ejecución por las autoridades estatales y, sobre todo, el hecho de que la aplicación y salvaguarda de los derechos generados por las disposiciones comunitarias estén confiados a las jurisdicciones nacionales ha motivado que estas hayan venido solicitando del TJCE¹⁰⁰⁸ la formulación por vía jurisprudencial

¹⁰⁰⁸ RODRIGUEZ IGLESIAS valora de la siguiente manera la contribución del TJCE a la realización de los objetivos comunitarios:

"... es algo generalmente reconocido que el Tribunal de Justicia no sólo ha llevado a cabo satisfactoriamente su función específica de asegurar el respeto del derecho en el ámbito comunitario, sino que, además, ha contribuido de forma decisiva al progreso del proceso de integración en orden al logro de los objetivos comunitarios. Esta contribución no es ajena a su misión, ya que según el artículo 4, apartado 1 del Tratado, la realización de las funciones asignadas a la Comunidad corresponde a todas sus instituciones, cada una de las cuales actuará dentro de los límites de las competencias que el Tratado les atribuye". RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial. Cívitas. Consejo General del Poder Judicial. Universidad de Granada. 1ª ed. 1993. Dirigido por RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑAN NOGUERAS, D., págs. 394, 400, 401.

Desde un punto de vista formal, la entrada en vigor del TUE

dencial¹⁰⁰⁹ de las condiciones, requisitos y límites de la aplicación de los Derechos internos de los Estados miembros en materia de devolución de ingresos tributarios irregularmente percibidos.

en noviembre de 1993 hizo necesario reformar el Estatuto del TJCE, su Reglamento de Procedimiento y el del Tribunal de Primera Instancia.

El Estatuto del TJCE se modificó por Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1994 (D.O.C.E. L-379 de 31 de diciembre de 1994, pág. 1).

El Reglamento de Procedimiento del TJCE se reformó por el propio Tribunal, previa aprobación del Consejo, el 21 de febrero de 1995 (D.O.C.E. L-44 de 28 de febrero de 1995, pág. 61).

El Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia se modificó por el propio Tribunal, previa aprobación del Consejo y con acuerdo del TJCE, el 17 de febrero de 1995 (D.O.C.E. L-44 de 28 de febrero de 1995, pág. 64).

La inmediata evolución del TJCE apunta hacia la atribución de nuevas competencias al Tribunal de Primera Instancia, de manera que estos conozcan de todos los recursos de personas físicas y jurídicas contra actos de los órganos comunitarios.

Así, el Tribunal de Primera Instancia se convertirá en el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo fundamentalmente competente para ejercer el control de la legalidad comunitaria -en sentido estricto- con posibilidad de recurso de casación ante el TJCE.

También se prevé una descentralización real de la jurisdicción comunitaria, con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales comunitarios especializados, como un Tribunal de apelación en materia de patentes comunitarias y de "salas de recursos" con competencia sobre marcas comunitarias, como órganos cuasi jurisdiccionales integrados en la Oficina Europea de Marcas.

En cualquier caso, en el proceso de reflexión sobre el futuro de la arquitectura judicial de la UE, el TJCE tiene muy en cuenta que " ... la articulación del sistema judicial dependerá de las decisiones políticas sobre la evolución del proceso de unión de los pueblos europeos y de las perspectivas de ampliación ulterior". Vid. "Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea". Noticias U.E., n° 134. Marzo 1996, págs. 19 y ss.

Sobre los problemas de organización y funcionamiento del TJCE y sus soluciones, consúltese el artículo de KOOPMANS, T., "The Future of the Court of Justice of the European Communities". YearBook of European Law. 11. 1991. Clarendon Press. Oxford, págs. 15 y ss.

¹⁰⁰⁹ Consúltese SILVA DE LAPUERTA, R., El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. 2ª ed. Ed. La Ley. Madrid. 1993.

No obstante, como afirma Ami BARAV¹⁰¹⁰, la tarea del TJCE sobre la devolución de ingresos tributarios indebidos es especialmente delicada. No se puede perder de vista que no compete a dicho Tribunal suplir las carencias y la inactividad del legislador¹⁰¹¹.

¹⁰¹⁰ BARAV, A.

"La repetition de l'indu ... ". Ob. cit., págs. 508 y 509.

¹⁰¹¹ Como advierte RODRIGUEZ IGLESIAS "El Tribunal de Justicia ha podido aportar su decisiva contribución a la consolidación de la Comunidad Europea como una Comunidad de derecho y al proceso de integración gracias a una sólida posición institucional que no puede ser plenamente encuadrada en ninguno de los modelos jurisdiccionales tradicionales, del mismo modo que el derecho comunitario no es reconducible a ningún modelo clásico de sistema jurídico internacional o interno.

Aunque el Tribunal de Justicia tiene indudablemente carácter internacional, son manifiestas sus diferencias con los distintos modelos de justicia internacional que se han conocido, incluido el de la jurisdicción internacional permanente que hoy encarna la Corte Internacional de Justicia". RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. Ob. cit., pág. 395.

Las notas que definen y caracterizan al TJCE como un órgano jurisdiccional diferente de todos los tribunales del Derecho Internacional clásico, los cuales "soporta [n] las imperfecciones y lagunas del Derecho a aplicar" (ISAAC, G. Manual de Derecho comunitario general, Ariel. Barcelona. 1985), son las ss.:

- 1° Constituye un Tribunal interno de las Comunidades.
- 2° Es expresión y garantía del orden jurídico comunitario.
- 3° Su jurisdicción es:
 - a) General, es decir, no tasada a litigios concretos.
 - b) Obligatoria, esto es, no requiere previa sumisión por los Estados afectados.
 - c) Unica y propia, dado que no es una jurisdicción de casación o apelación respecto de los Tribunales nacionales.
 - d) Exclusiva, pues los contenciosos de que conoce se sustraen del conocimiento de los jueces nacionales.
- 4° El Tribunal de Luxemburgo dispone de una total independencia para escoger las fuentes sobre las que apoyar su interpretación de los Tratados.
- 5° Al Tribunal europeo tienen acceso no sólo los Estados, sino también los particulares.
- 6° Sus sentencias no se limitan a obligar a los Estados miembros a su ejecución, sino que tienen fuerza ejecutoria directa por sí mismas en toda la Unión Europea, sin necesidad de intermediación estatal, aun cuando no siempre existan los mecanismos apro-

piados para garantizar su efectivo cumplimiento.

La única característica común con los demás órganos jurisdiccionales internacionales, indica RODRIGUEZ IGLESIAS, es la de que las resoluciones recaídas en procesos por incumplimiento carecen de ejecutividad, sin perjuicio de las innovaciones introducidas por el TUE.

Así, tras la firma en Maastricht el 7 de febrero de 1992 del TUE y su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993, el TJCE ha visto reforzada su autoridad.

En efecto, la reforma del artículo 171, añadiendo un segundo apartado, implica la posibilidad de imposición de sanciones al Estado que se muestre reticente a las SSTJCE, pues las resoluciones del referido órgano jurisdiccional europeo son obligatorias, pero no se ha previsto su ejecución forzosa.

Así, el nuevo artículo 171.2 establece que si un Estado miembro no adopta las medidas necesarias para la ejecución de la STJCE que le afecte, entonces la Comisión deberá iniciar un nuevo procedimiento de infracción (conforme al artículo 169) precisando en su dictamen motivado los aspectos concretos relativos al incumplimiento de la sentencia.

Si el Estado afectado no se aviene a la ejecución de la sentencia en el plazo fijado en el dictamen, entonces la Comisión podrá demandarle ante el TJCE indicando "el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro" demandado.

Si el TJCE estima que su sentencia no ha sido cumplida, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Además, dada la importancia y la necesidad del cumplimiento del Derecho Europeo por los Estados miembros para la consecución de los fines comunitarios, estos han renovado en una Declaración anexa al TUE relativa a la aplicación del Derecho Comunitario, su compromiso de respeto al orden jurídico europeo:

"1. La Conferencia destaca que, para la coherencia y la unidad del proceso de construcción europea, es esencial que todos los Estados miembros transpongan íntegra y fielmente a su Derecho nacional las directivas comunitarias de las que sean destinatarios dentro de los plazos dispuestos por las mismas ... [y] ... estima que es necesario para el buen funcionamiento de la Comunidad que las medidas adoptadas en los distintos Estados miembros conduzcan a una aplicación del Derecho comunitario con la misma eficacia y rigor que en la aplicación de sus respectivos Derechos nacionales".

Se han producido también otras reformas en el TJCE tras la entrada en vigor del TUE:

- 1° Atribución de asuntos al Pleno del TJCE.
- 2° Ampliación de la competencia del Tribunal de Primera Instancia.
- 3° Legitimación activa y pasiva en los recursos ante el Tribunal y de las nuevas instituciones de la Unión Económica y Monetaria (Banco Central Europeo). Vid. MANGAS MARTIN, A. "Aspectos jurídicos institucionales de la Unión Europea", en El Derecho

Pero no es menos cierto que el artículo 164 del TCE es claro al determinar que "El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado", de lo que se deduce -como resaltara el antiguo Presidente del TJCE, Robert LECOURT- que "la piedra angular de la Comunidad no es sólo una misma norma común, sino una igual interpretación y aplicación de la misma por los Tribunales nacionales".

En este sentido, el TJCE expresó en su Informe de 1995 sobre determinados aspectos de la aplicación del TUE¹⁰¹², que " ... si el derecho comunitario ha conseguido implantarse tan profundamente en la realidad jurídica de los Estados miembros, se debe a que ha sido concebido, interpretado y aplicado como una norma uniforme por los ciudadanos, las administraciones y los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros, habiendo sido los propios particulares quienes lo han invocado ante sus jueces nacionales. De este modo, incluso antes de que surgiera la idea de la ciudadanía de la Unión, el Tribunal de Justicia infirió de los Tratados el concepto de un nuevo ordenamiento jurídico del que los particulares eran sujetos y, en numerosos casos, les garantizó el ejercicio efectivo de los derechos que se les habían conferido".

Sin embargo, ante la preterición de disposiciones normativas y de medidas de armonización a nivel comunitario -hoy parcialmente superada, al menos en lo referente a la devolución de derechos

Comunitario europeo y su aplicación judicial. Cívitas. Consejo General del Poder Judicial. Universidad de Granada. 1ª ed. 1993. Dirigido por RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑAN NOGUERAS, D., págs. 196-198.

¹⁰¹² Vid. Noticias U.E., n° 134. Marzo 1996, págs. 19 y ss.

aduaneros- ante normas nacionales muy diversas¹⁰¹³ -diferiendo las condiciones de ejercicio de la acción de reclamación del indebido de un Estado miembro a otro, tanto en el fondo como en la forma, e, incluso, no siendo raro igualmente que dentro de un mismo ordenamiento jurídico nacional, el régimen jurídico de la reclamación de lo indebido varíe según el tipo de deuda o de impuesto en litigio- y ante las divergencias existentes en la aplicación judicial del Derecho Comunitario en los distintos Estados miembros, el TJCE se ha visto obligado a admitir la heterogeneidad de soluciones que de él fluyen y no ha podido más que lamentar la disparidad en la aplicación del Derecho Comunitario e incitar la protección jurisdiccional del tema en el orden jurídico de los Estados en los que se plantee.

Así en el Asunto EXPRESS DAIRY FOODS¹⁰¹⁴, el TJCE declaró:

" ... en la lamentable ausencia de disposiciones comunitarias de armonización de los procedimientos y los plazos, el Tribunal constata que esta situación entraña diferencias de tratamiento a escala de la Comunidad".

Ciertamente, el TJCE señala el carácter provisional de las moderadas soluciones manifestadas en su jurisprudencia e impregna sus sentencias de indicaciones destinadas al legislador comu-

¹⁰¹³ No obstante, en su Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del TUE, el TJCE ha sostenido que " ... la presencia de todos los sistemas jurídicos nacionales en el seno del Tribunal de Justicia reviste cierta utilidad para el desarrollo armonioso de la jurisprudencia comunitaria, al tenerse en cuenta las concepciones fundamentales admitidas en los diferentes Estados miembros y al facilitarse de este modo la aceptación de las soluciones adoptadas". Vid. Noticias U.E., n° 134. Marzo 1996, pág. 23.

¹⁰¹⁴ STJCE de 12 de junio de 1980. Asunto 130/79.

Express Dairy Foods Limited c. Intervention Board for Agricultural Produce, Rec. 1980, pág. 1900.

nitario, invitándolo a considerar algunos principios que considera deseables.

El TJCE estima que no le compete promulgar normas generales en la materia, lo que depende de la competencia de otras instituciones comunitarias.

Sin embargo, el TJCE indica la orientación general que la legislación comunitaria debería seguir. Para el TJCE, " ... la reglamentación comunitaria a adoptar debería implicar un tratamiento igual en lo que concierne a las condiciones de forma y fondo en las que los agentes económicos pudieran impugnar las imposiciones comunitarias puestas a su cargo y demandar la devolución en caso de pagos indebidos, así como una homologación de las condiciones en las que los Estados miembros, actuando en nombre de la Comunidad, perciban dichas imposiciones ... " ¹⁰¹⁵.

Ese esfuerzo armonizador cuyas líneas generales apuntaba el TJCE ha culminado -por lo que se refiere a la devolución de los derechos aduaneros de importación y exportación, como tributo de ámbito comunitario- con la publicación en 1992 del ya estudiado CA y en 1994 de su RA.

Pero, consciente de los límites del poder judicial y de su propia misión ¹⁰¹⁶, el TJCE no tiene, a la hora de resolver por

¹⁰¹⁵ STJCE EXPRESS DAIRY FOODS cit.

¹⁰¹⁶ No obstante, la posición del TJCE es la de un verdadero poder judicial, autónomo y supremo, que somete a control incluso a las instituciones con poder normativo. J. P. COLIN (Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes. París. 1966) se refiere a un *gobierno de los jueces* en el sistema institucional europeo.

A diferencia de lo que ocurre con otras instituciones, como el Parlamento, el TJCE ejerce funciones propias de un *Tribunal Constitucional* (sobre la base de los Tratados puede anular los actos normativos de las propias Comunidades, los actos ejecutivos, y declarar los incumplimientos y omisiones de cualquier su-

la vía jurisdiccional, un conjunto de soluciones que solvente -a modo de *panacea universal*¹⁰¹⁷- las cuestiones planteadas en las demandas sobre la restitución de cantidades ilegalmente percibidas al violar el Derecho Comunitario.

Sobre el papel desempeñado por la jurisprudencia del TJCE en la relación entre el Derecho Comunitario y los trámites de los recursos nacionales, OLIVER¹⁰¹⁸ ha dicho lo siguiente:

"Salvo algunas excepciones, la jurisprudencia ... [del TJCE] ... constituye un conjunto de una gran coherencia y que responde, en la medida de lo posible, a las necesidades de los justiciables, de la Comunidad y de los Estados miembros. En efecto, busca conciliar la necesidad de procurar que las disposiciones comunitarias directamente aplicables puedan efectivamente ser invocadas ante el juez nacional y ejecutadas por él, con el cuidado de evitar que el derecho comunitario no invada el proce-

jeto, garantizando así la distribución de competencias entre los Estados miembros y las Comunidades, y preservando el equilibrio interno en el seno de estas); de un *Tribunal de Justicia Administrativa* (acciones indemnizatorias, reclamaciones de personal, etc.); de un *Tribunal Internacional* (los Estados miembros pueden acudir al mismo para resolver sus diferencias sobre la interpretación y aplicación de las normas comunitarias).

De esta forma, el TJCE "resume en su unidad todo el sistema judicial específico de las Comunidades" (GARCIA DE ENTERRIA). Vid. por todos, FALCON TELLA, R. Introducción ... Ob. cit., págs. 40 y 41.

¹⁰¹⁷ Y ello pese a que como ha expresado KOOPMANS, "Verdaderamente sería difícil debatir algún ámbito importante del Derecho Comunitario sin referirse a la contribución del Tribunal a su desarrollo". Vid. KOOPMANS, T. "The Future of the Court of Justice ... ". Ob. cit., pág. 15.

Por ello se ha hablado -no sin razón- de una *Europa de los jueces*. Vid. LECOURT, R. L'Europe ... Ob. cit., págs. 321 y ss.

¹⁰¹⁸ OLIVER, P.

"Le Droit Communautaire et les voies de recours nationales". Cahiers de Droit Européen, n° 3-4. Vol. XXVIII. 1992, pág. 374.

dimiento judicial nacional más de lo necesario. Dicho esto es preciso reconocer que el Tribunal no ha resuelto siempre totalmente el problema planteado por las directivas no ejecutadas. Si puede paliar en cierta medida la carencia de los Estados, la intervención de estos permanece indispensable en muchos casos".

La jurisprudencia comunitaria -advierte BURGIO¹⁰¹⁹- ha proclamado la incidencia del Derecho fiscal europeo " ... no solamente en la esfera de los ordenamientos tributarios internos a nivel estatal, sino también a nivel de cada una de las personas físicas y jurídicas, determinando para cada una de ellas el << derecho individual >> de rechazar el pago de cualquier impuesto contrario al Tratado de Roma y de solicitar su devolución en caso de pago indebido" [la cursiva es nuestra]¹⁰²⁰.

En consecuencia, el análisis de la jurisprudencia del TJCE¹⁰²¹ resulta ineludible en el estudio de la problemática de

¹⁰¹⁹ BURGIO, M.

"La armonización fiscal en la Comunidad Europea: problemas y perspectivas". Papeles de Economía Española, n° 41. 1989, pág. 105.

¹⁰²⁰ Vid. las ss. SSTJCE:

-STJCE junio de 1966. Asunto 57/65. Alfons Lutticke GMBH c. Hauptzollamt de Saarlouis. Rec. 1966, pág. 294.

-STJCE 3-IV-1968. Asunto 28/67. Molkerei-Zentrale/Westlafen Lippe GMBH c. Hauptzollamt Paderborn. Rec. 1968, pág. 211.

¹⁰²¹ Tal es la importancia dentro del sistema institucional europeo de la jurisprudencia comunitaria, que el TJCE ha llegado a sustituir la decisión de los órganos políticos de los Estados miembros cuando estos han omitido realizar tareas positivas confiadas expresamente por el TCE.

Ello ha sido criticado por el Consejo de Estado francés (Estudio aprobado el 3 de diciembre de 1981 por la Asamblea General de dicha institución gala), acusando de connivencia a la Comisión y al TJCE comunitarios al invitar aquella por la vía del recurso de incumplimiento del artículo 169 del TCE a que el órgano jurisdiccional europeo dicte auténticas *sentencias-reglamento*.

En este sentido, recuerda PESCATORE que "cualquier lentitud, cualquier omisión del legislador implica el nacimiento de un conflicto contencioso ... [de manera que] todas las omisiones en

la devolución de ingresos tributarios indebidos en el ordenamiento jurídico de la CE. No se puede olvidar, como afirmó HERNANDEZ GIL¹⁰²², que "la función judicial ... supone un proceso eminentemente creador: permite consolidar el derecho cuando es estable, aclararlo cuando es incierto y hacerlo evolucionar cuando es inadapado o incompleto".

En particular, ha sido la jurisprudencia emanada del TJCE a través de su esencial *función de articulación con las jurisdicciones nacionales* mediante la técnica del reenvío prejudicial reconocida en el artículo 177 del TCE¹⁰²³, la que ha desempeñado,

un contexto general ... son generadoras de litigios y hacen refluir hacia el juez los problemas que el legislador deja sin resolver".

Ante semejante situación el TJCE se ha visto obligado a "realzar los elementos de sistema inherentes al Derecho Comunitario tanto a nivel de reglas generales de derecho material (artículos 6, 9, 30, 113 TCE) como de principios de estructura (artículos 5 y 155 TCE)". PESCATORE, P. "La carence du Législateur communautaire et le devoir du juge", en << Gedächtnisschrift Constantinesco >>, págs. 559 y ss.

¹⁰²² HERNANDEZ GIL, A.

"La Unificación Jurídica Europea". Ob. cit., pág. 19.

¹⁰²³ También es importante la función del TJCE de control de la legalidad de los actos dictados por las instituciones comunitarias mediante los recursos de anulación y de omisión a que se refieren los artículos 173 a 176 del TCE.

Sin embargo, hay que advertir que para lograr una base realmente democrática y popular de la UE que responda verdaderamente a la idea de la *Europa de los ciudadanos*, constituye una exigencia ineludible la de ampliar las condiciones de legitimación de los particulares -personas físicas y jurídicas- para interponer los recursos de nulidad y omisión mencionados contra los actos normativos de las instituciones comunitarias.

Respecto al recurso de anulación, WAELBROECK y VERHEYDEN -después de comprobar que los sistemas de casi todos los Estados miembros de la UE en cuanto a las condiciones de impugnación por particulares de los actos normativos internos son más amplios y flexibles que el existente en la Comunidad- que " ... las condiciones de admisibilidad de los recursos de los particulares en la Comunidad contra actos normativos son indebidamente restrictivos en cuanto a las normas que rigen en los ordenamientos jurídicos nacionales ... [por lo que] ... una ampliación de las condiciones de admisibilidad de los recursos de nulidad de los par-

aunque haya sido indirectamente, una encomiable, si bien insuficiente, labor armonizadora en este terreno.

Por ello, dado al extraordinario protagonismo que la prejudicialidad ha tenido y tiene en la resolución de los contenciosos que sobre el indebido comunitario se han planteado ante el TJCE, se desarrolla a continuación un breve estudio sobre la cuestión o recurso prejudicial.

ticulares fundamentados en el artículo 173 del TCE se impone imperativamente".

Consideran además que el artículo 173 del TCE habría de ser modificado, permitiendo que los particulares -personas físicas y jurídicas- queden legitimados para impugnar los actos normativos comunitarios. El único criterio de admisibilidad debería ser no si el recurrente está << individualmente y de modo directo afectado >> por el acto en el sentido que la jurisprudencia tradicional ha conferido a estos conceptos, sino si ha sido negativamente afectado por el acto en litigio, que es el criterio que prevalece en el Derecho estadounidense.

Por último, para estos autores habría de ser el Tribunal de Primera Instancia comunitario el encargado de rellenar rápidamente la laguna existente en materia de protección jurisdiccional comunitaria, conociendo todos los recursos presentados por los particulares, incluidos los planteados contra actos normativos de las instituciones. Vid. WELBROECK, D. y VERHEYDEN, A. M. "Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires". Cahiers de Droit Européen, n° 3-4. Vol. XXXI. 1995, págs. 399-441.

De manera similar se pronuncia McDONAGH respecto a la necesidad de ampliar las condiciones de legitimación de los ciudadanos y sociedades para interponer el recurso por omisión a que se refiere el artículo 175 párrafo 3 del TCE. Vid. McDONAGH, A. "Pour un Élargissement ...". Ob. cit., págs. 607 y ss.

Sobre la participación de España en el mecanismo de recursos ante el TJCE, consúltese el trabajo de SILVA DE LAPUERTA, R., "El contencioso español ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial, págs. 677 y ss. Cívitas. Consejo General del Poder Judicial. Universidad de Granada. 1ª ed. 1993. Dirigido por RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑAN NOGUERAS, D.

1.2. LA CUESTION PREJUDICIAL.

1.2.1. REGULACION NORMATIVA.

Se contempla el recurso o cuestión prejudicial como una competencia exclusiva del TJCE en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, concretamente en los artículos 177 del TCE, 41¹⁰²⁴ del TCECA (si bien en este caso, con menor alcance y con leves diferencias respecto de los restantes) y 150¹⁰²⁵ del TCEEA.

En particular, el artículo 177 del TCE establece:

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

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos

¹⁰²⁴ Artículo 41 del TCECA:

"Sólo el Tribunal será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal nacional".

¹⁰²⁵ Artículo 150 del TCEEA:

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

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, salvo disposición en contrario de dichos estatutos.

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

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia".

adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo;

c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

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

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia".

1.2.2. ANTECEDENTES.

El mecanismo del recurso de prejudicialidad constituye un tecnicismo totalmente novedoso en la jurisdicción internacional.

Dicho mecanismo encuentra un precedente¹⁰²⁶ relevante en el modelo norteamericano con una jurisdicción federal independiente para la aplicación del Derecho federal como diferenciado

¹⁰²⁶ Consúltense sobre este punto, las ss. publicaciones de GONZALEZ RIVAS, J. J.:

- "La jurisdicción constitucional en el ámbito internacional", en Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español. Edersa. Madrid. 1985, págs. 234 a 238.

- "Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de cuestiones prejudiciales". Noticias U.E., n° 125. Junio de 1995, págs. 53 a 60.

del Derecho de los Estados (artículo tercero, sección segunda de la Constitución de 1787), ya que la jurisdicción federal se extiende a todos los casos basados en la ley y en la equidad.

El recurso prejudicial comunitario encuentra también un antecedente en el propio sistema jurídico europeo occidental. Así, se puede apreciar un manifiesto influjo en las técnicas de jurisdicción concentrada de la justicia constitucional, tenidos en cuenta por Kelsen y por su influencia en la elaboración de la Constitución Austriaca de 1920, que después se desarrollaron en todos los Tribunales Constitucionales Europeos (artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949; artículo 134 de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947; artículo 163 de la Constitución española, en relación con los artículos 35 a 37 de la L.O.T.C. 2/79).

Por tanto, el funcionamiento, el contenido y la naturaleza de este procedimiento incidental guarda analogía con las cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad, que en el Derecho interno español se regula específicamente por el artículo 35 de la L.O.T.C. 2/79.

1.2.3. CONCEPTO Y SIGNIFICADO.

La aplicación jurisdiccional del Derecho Comunitario por los Tribunales nacionales -por mor del principio de autonomía procesal e institucional de los Estados miembros- presenta como grave inconveniente, el peligro de que, siendo las estructuras jurisdiccionales de los Estados comunitarios muy diferentes entre sí, en la práctica, tal Derecho Comunitario -pese a ser, resulta ob-

vio, idéntico en todos los países miembros- produzca efectos distintos en cada uno de ellos, por causa de las variadas formas de interpretarlo que tengan los diferentes Tribunales nacionales¹⁰²⁷.

Con el objetivo de conjurar este riesgo, el artículo 177 del TCE dispone que cualquier órgano jurisdiccional -más adelante se examinará el alcance de esta expresión- de cualquier Estado miembro puede instar al TJCE¹⁰²⁸ para que se pronuncie prejudicial-

¹⁰²⁷ Vid. PELECHA ZOZAYA, F.

"Los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". Cuadernos de Formación, n° 13. Escuela de Hacienda Pública. Madrid. 1990, págs. 1 y ss.

¹⁰²⁸ Así, si se produce un conflicto entre el ordenamiento jurídico comunitario y el Derecho interno español, la solución al mismo no se articulará a través del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad del artículo 163 de la Constitución española ante el **TC español**, sino que habrán de ser los propios órganos judiciales internos ante los que surge el conflicto, quienes deban dar la solución, sirviéndose en su caso de la ayuda del TJCE, a través de la cuestión prejudicial. Además, el TC no es competente para resolver una hipotética colisión entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno, pues la norma a juzgar o interpretar no es nacional sino comunitaria.

Por otro lado, si se remitiera la cuestión prejudicial al TC se estarían violando los principios comunitarios de interpretación uniforme y aplicación directa del ordenamiento jurídico comunitario. En el Asunto SIMMENTHAL (STJCE de 9-III-1978. Asunto 106/77, cit.) el TJCE declaró que la primacía del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos internos se traduce en el deber del juez interno de "... inaplicar, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional".

En el mismo sentido se pronunció el TS español en su sentencia de 24 de abril de 1990 al estimar que "... las normas anteriores que se opongan al derecho comunitario deberán entenderse derogadas, y las posteriores contrarias habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia (artículo 96 de la Constitución), pero no será exigible que el juez comunitario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la Constitución) para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado por la jurisprudencia del TJ, que tiene establecido el principio *pro comunitate*".

Y el propio TC español -sentencia de 22 de marzo de 1991, FJ Quinto- consideró también que el artículo 93 de la Constitu-

mente sobre la interpretación -o sobre la validez- de la norma de Derecho Comunitario que el juez nacional debe aplicar.

Esta posibilidad de la que pueden usar discrecionalmente los Tribunales nacionales se transforma en un deber cuando el juez nacional de que se trate pretenda fundamentar su fallo en la invalidez de la norma comunitaria considerada, o cuando contra su fallo no quepa ningún tipo de recurso en Derecho interno. Es decir, los órganos judiciales -en sus distintas instancias-, están obligados además de controlar la constitucionalidad de las normas en su actividad aplicadora del Derecho, a hacer respetar el ordenamiento jurídico comunitario por encima de cualquier norma de Derecho interno.

A través de la vía prejudicial se pretende, como afirma TRAVERSA¹⁰²⁹, evitar que se abandone "a las diferentes jurisdicciones nacionales la prerrogativa de interpretar, según reglas de Derecho interno, las disposiciones del Tratado y del Derecho Comunitario derivado", conjurando de esta forma -aunque sea par-

ción no ha dotado al Derecho Comunitario de rango y fuerza constitucionales, de forma que queda excluida la cuestión prejudicial de la competencia del TC pasando a ser competencia de la jurisdicción ordinaria.

Queda claro, pues, que el TC carece de jurisdicción para determinar la correcta interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, correspondiéndole esta misión exclusivamente al TJCE.

Vid. sobre este tema, SANCHEZ LEGIDO, A., "Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". R.E.D.C., n° 33. 1991, págs. 181 y ss.; y REVENGA SANCHEZ, M. y LOPEZ ULLA, J. M., "Algunos aspectos problemáticos en la regulación de la cuestión prejudicial (art. 177 TCEE)". Noticias U.E., n° 121. 1995, págs. 37 y ss.

¹⁰²⁹ TRAVERSA, E.

"Les voies de recours ouvertes aux operateurs économiques; la renvoi préjudiciel au titre de l'article 177 du traité C.E.E.". Revue du Marché Unique Européen. 2. 1992, pág. 51.

cialmente- el riesgo de que el Derecho Comunitario sea aplicado de manera heterogénea en los distintos Estados miembros de la UE.

Por tanto, la cuestión prejudicial constituye una pieza clave y un mecanismo esencial en el funcionamiento del armazón técnico en que se articula el ordenamiento jurídico comunitario¹⁰³⁰. En efecto, es un instrumento básico en la aplicación e interpretación del Derecho europeo y en la articulación de los dos planos de sistemas jurídicos u ordenamientos que resultan de una estructura política compuesta, en la que la creación del Derecho Comunitario y el reconocimiento de los Derechos internos se articulan debidamente a través de este procedimiento incidental de interpretación, que constituye un elemento clave en el conjunto de competencias asignadas al TJCE.

En su Informe de 1995 sobre determinados aspectos de la aplicación del TUE¹⁰³¹, el TJCE ha valorado así la remisión prejudicial:

"El desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario es en gran parte fruto del diálogo que se ha establecido entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia mediante la remisión prejudicial. A través de esta cooperación se han identificado las características esenciales de dicho ordenamiento jurídico, en particular su primacía en relación con los derechos de los Estados miembros y el efecto directo de toda una serie de

¹⁰³⁰ RODRIGUEZ IGLESIAS ha afirmado al respecto que "La competencia prejudicial atribuida al Tribunal de Justicia constituye quizás el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario". RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. Ob. cit., pág. 385.

Vid. también el artículo de FALCON TELLA, R., "La protección jurídica del contribuyente ... ". Ob. cit., págs. 859 y ss.

¹⁰³¹ Vid. Noticias U.E., n° 134. Marzo 1996, pág. 22.

disposiciones, así como la posibilidad para los particulares de obtener reparación cuando sus derechos son vulnerados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro".

Por tanto, la cuestión prejudicial supone un instrumento procedimental que implica un control indirecto de la legalidad comunitaria y un medio de colaboración y comunicación entre los Tribunales nacionales y el TJCE¹⁰³². Con la prejudicialidad se pretende garantizar la vigencia del principio de legalidad comunitaria mediante el respeto a la jerarquía normativa y la tendencial uniformidad en la interpretación de las normas, presupuestos ambos para lograr un mínimo de certeza y seguridad jurídica.

De este modo, el TJCE ha asumido un cierto papel *pedagógico* (GARCIA DE ENTERRIA¹⁰³³) respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales, asegurando que el Derecho Comunitario sea el mismo en todos los Estados miembros de la UE.

En el engranaje que supone el funcionamiento de dicha estructura, la doctrina, en un primer momento y basándose en la STJCE pronunciada en el Asunto COSTA ENEL, mantuvo la tesis de la nítida separación de competencias entre el TJCE y los Jueces nacionales:

" ... el artículo 177, basado en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, no permite a este enjuiciar los hechos

¹⁰³² GONZALEZ RIVAS, J. J.
"Estudio de la Jurisprudencia ... ". Ob. cit.,
págs. 54-55.

¹⁰³³ GARCIA DE ENTERRIA, E.
"Las competencias ... ", en Tratado de Derecho Comunitario europeo ... Tomo I. Cívitas. Madrid. 1986,
pág. 704.

del asunto ni valorar los fundamentos y fines de la petición de la interpretación".

Así, la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario correspondería al juez nacional, a quien incumbe insertar el supuesto de hecho en la norma de común aplicación a los distintos Estados miembros. Y al TJCE, por el contrario, le competiría exclusivamente interpretar y definir el Derecho Comunitario.

Sin embargo, la tesis anterior ha sido superada por aquella otra que concibe que en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario no existe una radical separación de funciones, sino una necesaria *cooperación judicial*. De este modo, en la STJCE de 11 de diciembre de 1965 -Asunto SCHWARZE-, se encuentra una auténtica definición de lo que puede ser el ámbito de la relación entre el Juez nacional comunitario y el TJCE:

" ... [según] la cooperación judicial establecida por el artículo 177, ... el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el ámbito de sus propias competencias, deben contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión para garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en el conjunto de los Estados miembros".

Este criterio se reafirma en la STJCE de 6 de octubre de 1982, Asunto CILFIT, en la que se declara que "la correcta aplicación del Derecho Comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada y en tal caso, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y del Tribunal de Justicia, puede abstenerse en el plan-

teamiento de la cuestión y resolverla bajo su propia responsabilidad". Queda determinado así el alcance de la vía prejudicial como medio de esclarecer ante el TJCE la auténtica validez e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario.

Queda claro pues que, cuando la interpretación o apreciación de la validez del Derecho Comunitario resulten determinantes para la resolución por un Tribunal nacional del fondo de un litigio, este ha de plantear tal cuestión por vía prejudicial al TJCE para que emita un pronunciamiento previo, pues el juez nacional ha de tener presente para aplicar la norma comunitaria, el alcance interpretativo que le ofrece el Tribunal europeo. El fallo que emita el TJCE en la vía prejudicial proporcionará al juez que la plantea, antes de que este decida el proceso principal, una orientación sobre el contenido de las normas comunitarias aplicables al caso que tiene que resolver. Se trata de un instrumento de ayuda que tiene el órgano judicial nacional a la hora de resolver un caso concreto.

Con ello se persigue garantizar la uniformidad del ordenamiento jurídico comunitario, imponiendo un único órgano jurisdiccional, el TJCE, un mismo y vinculante criterio de interpretación, sin perjuicio de que su definitiva aplicación corresponda a las variadas jurisdicciones nacionales. Así lo expresó el propio TJCE en su sentencia de 16 de enero de 1974, Asunto RHEINMÜHLEN:

" [El recurso prejudicial es] ... esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por el Tratado y su objeto es asegurar en todas las circunstancias que este Derecho es el mismo en todos los Estados de la Comunidad".

La finalidad de la vía prejudicial es, pues, garantizar la unidad de interpretación sobre el conjunto de los Estados miembros, o expresado de otra forma, hacer posible la aplicación judicial descentralizada y, a pesar de ello, uniforme del Derecho Comunitario.

Se elude de esta manera, el peligro que supone para la uniformidad del ordenamiento jurídico europeo la diversidad e, incluso, disparidad de criterios producto de las variadas tradiciones y terminologías de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, los cuales podrían interpretar de ese modo el Derecho europeo conforme a sus particulares intereses.

En su Informe de 1995 sobre determinados aspectos de la aplicación del TUE¹⁰³⁴, el TJCE ha afirmado que "Una de las funciones esenciales del Tribunal de Justicia consiste precisamente en garantizar la referida interpretación uniforme, a través de sus respuestas a las cuestiones planteadas por los tribunales nacionales. En consecuencia, debe mantenerse abierta a todos los órganos jurisdiccionales la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia".

Se pretende, pues, con esta técnica de centralización de la interpretación del Derecho europeo, evitar la disolución de un único ordenamiento jurídico comunitario en una multiplicidad de interpretaciones potencialmente contradictorias, ante la pluralidad de jurisdicciones nacionales, de lenguas, de culturas jurídicas, de sentido mismo del Derecho, que separa a los actuales Estados miembros.

Con la interposición de la cuestión prejudicial -expresado

¹⁰³⁴ Vid. Noticias U.E., n° 134. Marzo 1996, pág. 22.

de otra manera- se persigue dilucidar un problema de aplicación o de interpretación del ordenamiento jurídico comunitario que afecta primordialmente al fallo que el juez nacional ha de emitir en el proceso que ante él se sustancia.

Además, el recurso prejudicial constituye la vía a través de la cual los justiciables -aun cuando no están legitimados para presentar por sí mismos una cuestión prejudicial ante el TJCE- pueden obtener ante los órganos jurisdiccionales nacionales una *tutela efectiva* de sus derechos cuando estos deriven directamente del ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, NIHOUL¹⁰³⁵ ha recordado que "el reenvío prejudicial parece la vía más apropiada para poner en cuestión, a título de incidente, la validez de un acto comunitario de alcance general"¹⁰³⁶.

Por ello, el TJCE -en el Informe¹⁰³⁷ ya cit.- ha advertido que "Limitar la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia tendría como efecto cuestionar la aplicación y la interpretación

¹⁰³⁵ NIHOUL, P.

"La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale". R.T.D.E. 1994, págs. 169 y ss.

¹⁰³⁶ No obstante, conviene advertir que la existencia del procedimiento prejudicial de validez no permite en ningún caso paliar la falta de recursos directos de los particulares contra los actos normativos comunitarios. Así, la jurisprudencia comunitaria actual impide al TJCE examinar los recursos de nulidad ejercitados por los particulares frente a los actos normativos adoptados por las instituciones comunitarias.

En tal sentido, WAELBROECK y VERHEYDEN han recordado que " ... la posibilidad enunciada por el artículo 177 del Tratado CE de un recurso prejudicial ante el Tribunal de justicia en el marco de un litigio nacional no justifica el mantenimiento de la interpretación restrictiva de la jurisprudencia comunitaria en lo que concierne a las condiciones de ejercicio de un recurso de nulidad por un particular". Vid. WAELBROECK, D. y VERHEYDEN, A. M. Ob. cit., págs. 399 y ss.

¹⁰³⁷ Noticias U.E., n° 134. Marzo 1996, pág. 22.

uniformes del derecho comunitario en el conjunto de la Unión, y generaría, por ello, el riesgo de privar a los particulares de una protección jurisdiccional efectiva y de conculcar la unidad de la jurisprudencia".

El juez PESCATORE¹⁰³⁸ ha recordado la trascendencia del recurso prejudicial, pues, en gran medida, las reglas del Derecho Comunitario son aplicables de una manera u otra, en el interior de los Estados miembros, en función del uso que se haga de este recurso; tal es el caso de aquellas normas del TCE a las que se les reconoce efecto directo, como las reglas relativas a la libre circulación de mercancías, a la no discriminación fiscal, a la igualdad de trato de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento, de trabajo y de prestaciones de servicios.

Al permitir el artículo 177 del TCE que el juez nacional acuda al TJCE cuando estime necesaria una decisión previa sobre la validez o interpretación de la norma comunitaria aplicable al caso, se pone de relieve un reparto de funciones entre el juez nacional y el juez comunitario, en el desarrollo de una tarea común que es la buena aplicación del ordenamiento jurídico comunitario en todo el ámbito de la CE.

La técnica del reenvío prejudicial, al hacer descansar en el juez nacional la iniciativa de la consulta, implica un grado de confianza y colaboración que exige una especial sensibilidad.

¹⁰³⁸ PESCATORE, P.

"Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE", en El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial. Ob. cit., págs. 527 a 571.

Como dijo HERNANDEZ GIL¹⁰³⁹, la mayor o menor incidencia del Derecho Comunitario, así como su uniformidad en los diferentes Estados miembros, viene condicionada por la necesaria *colaboración* de los jueces nacionales.

En efecto, la vía del procedimiento prejudicial constituye un ámbito adecuado para la *cooperación judicial internacional*, pues el Tribunal estatal y el TJCE contribuyen directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión con la finalidad de garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en el conjunto de los Estados miembros.

Como ha afirmado PESCATORE¹⁰⁴⁰, el recurso prejudicial supone un *vínculo de comunicación orgánica* entre el TJCE y las jurisdicciones nacionales en la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario.

El reenvío prejudicial como medio para articular las relaciones entre el TJCE y los Tribunales nacionales en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario se basa no en la jerarquía sino en la *cooperación* entre ambos órganos, pues el TJCE no es jerárquicamente superior ni tiene competencia alguna para

¹⁰³⁹ Vid. HERNANDEZ GIL, A.

"La Unificación ... ". Ob. cit., pág. 19.

¹⁰⁴⁰ "El funcionamiento de esta vía de recurso descansa en la concepción, que constituye su premisa, de que el derecho comunitario se ha convertido en parte integrante del derecho nacional o, mejor, del derecho aplicable en el territorio de los Estados miembros. Pues bien, en orden a la aplicación del sistema jurídico comunitario en la esfera nacional, la institución de los recursos prejudiciales ha operado una distribución y una articulación de las competencias: así se ha reservado a la jurisdicción comunitaria interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos institucionales; corresponde al juez interno hacer aplicación de este derecho así interpretado y apreciado, en la solución de los conflictos que se le plantean". PESCATORE, P. Le droit de l'integration. Ginebra. 1972, pág. 89.

fiscalizar la actuación del orden judicial nacional ni para revisar las resoluciones que de él emanen.

En la STJCE de 16 de diciembre de 1981 se declara que el espíritu de colaboración que ha de presidir el ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 177 del TCE implica el deber del "Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de respetar las responsabilidades propias del Juez nacional, lo que supone al mismo tiempo que el Juez nacional, en el uso que hace de las posibilidades abiertas por el artículo 177, tome en consideración la función propia cumplida en la materia por el Tribunal".

Por otra parte, el desarrollo de esta tarea por el TJCE ha supuesto la delimitación del nivel de penetración del Derecho Comunitario en el ordenamiento jurídico nacional y la concreta definición de sus efectos internos. Así, mediante el recurso prejudicial, los Tribunales nacionales y comunitarios garantizan la eficacia del sistema de integración del ordenamiento jurídico europeo, en su plenitud¹⁰⁴¹.

Las respuestas dadas por el TJCE han contribuido no sólo a determinar las obligaciones de las autoridades nacionales en este campo, sino también a fijar el contenido de la función comunitaria de las jurisdicciones internas. Con razón se admite unánimemente que, en gran parte, la construcción jurídica de la CE es y ha sido obra del TJCE, existiendo un verdadero poder judicial comunitario europeo que se integra por los Tribunales de los Estados miembros, que son Jueces nacionales del Derecho Comunitario y por el TJCE.

¹⁰⁴¹ Vid. GONZALEZ RIVAS, J. J.

"Estudio de la Jurisprudencia ... ". Ob. cit., pág. 54.