

EL *IUS STANDI* DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS "ACTOS REGLAMENTARIOS QUE NO INCLUYEN MEDIDAS DE EJECUCIÓN" (ART. 263 TFUE) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: UN ANÁLISIS CRÍTICO

CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILA

Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Autónoma de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo
Octubre – Diciembre 2014
Págs. 159 – 187

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NUEVAS NORMAS SOBRE EL *IUS STANDI* DE LOS PARTICULARES. III. LA NOCIÓN "ACTO REGLAMENTARIO" EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. IV. LA AUSENCIA DE MEDIDAS DE EJECUCIÓN ("QUE NO INCLUYEN MEDIDAS DE EJECUCIÓN") EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA EXAMINADA.

RESUMEN: La indefinición de la expresión "actos reglamentarios que no incluyen medidas de ejecución" introducida por el Tratado de Lisboa en el actual artículo 263 TFUE, relativo al recurso de anulación, dejaba su configuración en manos del TJUE. Los pronunciamientos analizados en el presente trabajo avalan la idea de que aquél ha optado por una lectura muy reduccionista, que limita las potencialidades de la reforma.

PALABRAS CLAVE: Actos legislativos, Actos reglamentarios, Aplicación temporal, Legitimación activa de los particulares, Medidas de ejecución, Procedimientos legislativos, Recurso de anulación, Tratado de Lisboa, Tribunal de Justicia de la UE, Tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: The non-definition of the expression "regulatory acts not entailing implementing measures" introduced by the Treaty of Lisbon in current Article 263 TFEU, on the annulment action, left its final configuration in the hands of the ECJ. The pronouncements examined in this paper support the idea that the Court of Luxembourg has embraced a reductionist interpretation, thus limiting the potentialities of the reform.

KEYWORDS: Annulment action, Effective judicial protection, EU Court of Justice, Implementing measures, Legislative acts, Legislative procedures, Private applicants *ius standi* before the ECJ, Regulatory acts, Temporal application, Treaty of Lisbon.

Fecha recepción original: 24 de septiembre de 2014

Fecha aceptación: 2 de octubre de 2014

I. INTRODUCCIÓN

Lo reconociera o no el Tribunal de Justicia, el sistema de vías de recurso previsto por los Tratados para la impugnación por parte de los particulares de las medidas de alcance general adoptadas por las instituciones de la UE presentaba una clara “zona de sombra” cuando tales medidas eran *self-executing* y, precisamente por ello, no generaban actos de aplicación. En esos casos, los individuos, pese a estar directamente afectados por la medida normativa, difícilmente podían cuestionar su legalidad, quedando así el derecho a la tutela judicial efectiva seriamente comprometido.

En efecto, como de todos es sabido, la capacidad de las personas físicas y jurídicas para interponer un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la UE (en lo sucesivo, TJUE) dependía, no tratándose de una decisión de la que fueran destinatarias, de que la medida les afectara de manera directa e individual. El requisito de la afectación individual, interpretado por el Tribunal desde la mítica sentencia en el asunto *Plaumann*, dificultaba enormemente la posibilidad de que aquél pudiera admitir el recurso de un particular¹. A pesar de que el sistema de vías de acceso al Tribunal de Luxemburgo se completaba desde la creación de las Comunidades Europeas con la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad, ambos mecanismos presuponían la adopción de un acto dictado en aplicación de la medida de alcance general: la cuestión prejudicial requería la existencia de un instrumento de Derecho interno, impugnabile ante los órganos jurisdiccionales nacionales, únicos capaces de dirigirse al TJUE a través de ese procedimiento; la excepción de ilegalidad, por su lado, reclamaba generalmente la aprobación por la UE de un acto, objeto de un recurso de anulación, en cuyo marco se suscitaba la ilegalidad de la medida de la que aquél traía causa. Como pusieron de manifiesto con total nitidez los hechos en el asunto *Unión de Pequeños de Agricultores (UPA)*, frente a normas de la UE *self-executing* (era claramente el caso de aquellas directamente aplicables que imponían una prohibición), la única forma que tenían los justiciables de someter al TJUE el vicio de que pudieran estar aquejadas era infringir la citada normativa, para provocar por parte de las autoridades nacionales la adopción de una medida sancionadora y lograr, de este modo, un acto que pudiera ser sometido a los tribunales internos, a quienes el particular concernido intentaría transmitir sus dudas acerca de la validez de la medida de la UE, en la esperanza de que aquéllos, convencidos por éste, elevaran cuestión de prejudicial al TJUE.

1. De acuerdo con la definición dada por el Tribunal de Luxemburgo (en *Plaumann* y reiterados pronunciamientos posteriores), “una persona física o jurídica distinta del destinatario de un acto sólo puede alegar su afectación individual en el sentido del [actual artículo 263 TFUE, párrafo cuarto], si resulta afectada por el acto de que se trata debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de manera análoga a la de un destinatario del acto” (STJCE de 15.7.1963, as. *Plaumann*, 25/62, Rec. p. 223).

Por mucho que en la sentencia en el asunto citado el Tribunal proclamara enfáticamente que "el Tratado (...) ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, confiando dicho control al juez comunitario"², parecía claro que el sistema no era perfecto. El Abogado General F. JACOBS, que intervino en el asunto, contribuyó decisivamente a ponerlo de manifiesto³, iniciando lo que algunos han calificado de "velvet revolution"⁴.

Al ruido provocado por la sentencia UPA se le sumó el generado por las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia, primero, y del Tribunal de Justicia, después, en el asunto *Jégo-Quéré*⁵. Consciente de que el gran obstáculo para el acceso de los particulares al recurso de anulación era la exigencia de "afectación individual" y alentado por las conclusiones de F. JACOBS en UPA, el Tribunal de Primera Instancia ofreció una nueva definición de esta noción, que (todo hay que decirlo) parecía que apuntaba más a la afectación "directa" que a la afectación "individual"⁶. Es por todos sabido que, al conocer del recurso de casación contra esta resolución, el Tribunal de Justicia se reafirmó en su definición tradicional (*Plaumann*) y apeló a la letra del entonces artículo 230 del Tratado CE, en donde se exigía la doble condición de afectación directa e individual para que una persona pudiera acudir a esta vía frente a medidas distintas de las decisiones de las que fuera destinataria.

Éste es el soliviantado escenario en el que se desarrollaron la Convención Europea que elaboró el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y, más tarde, la Conferencia intergubernamental que, en 2004, adoptó el citado Tratado.

El frustrado Tratado Constitucional pretendió, en alguna medida, dar respuesta a las insuficiencias puestas de manifiesto en UPA y, en tal sentido, al referirse al *ius standi* de los particulares en el recurso de anulación, dio entrada a un nuevo supuesto: los actos reglamentarios que no incluyesen medidas de eje-

2. STJCE de 25.7.2002, C-50/00 P, f. j. 39.

3. Conclusiones presentadas el 21.3.2002.

4. VAN MALLEGHEM, P. A. y BAETEN, N., "Before the law stands a gatekeeper - Or, what is a 'regulatory act' in Article 263(4) TFEU? *Inuit Tapiriit Kanatami*", *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1187-1216, pp. 1189.

5. STPI de 3.5.2002, T-177/01; y, STJCE de 1.4.2004, C-263/02 P.

6. De acuerdo con la misma, "ha de considerarse que una persona física o jurídica queda individualmente afectada por una disposición comunitaria de alcance general que le afecta directamente si la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones. El número y la situación de otras personas igualmente afectadas por la disposición o que puedan serlo no son, a este respecto, consideraciones pertinentes" (f. j. 51; énfasis añadido).

cución. Frente a este tipo de instrumentos, el Tratado se limitaba a requerir del individuo recurrente su afectación directa⁷.

El Tratado de Lisboa mantuvo inalteradas tales previsiones. De este modo, el actual artículo 263 del Tratado de Funcionamiento UE (TFUE) establece, en su párrafo 4º:

“Toda persona física y jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”.

Como puede apreciarse, se distinguen tres situaciones en relación con la legitimación activa de las personas: i) actos de los que sean destinatarias, que pueden ser recurridos en anulación por ellas sin ulteriores condiciones⁸; ii) actos reglamentarios que no incluyan medidas de ejecución, frente a los que se requiere su afectación directa; iii) resto de medidas, para las que es necesario que los individuos recurrentes se vean afectados de manera directa e individual. La novedad frente al panorama anterior es esa alusión a los actos reglamentarios que no incluyan medidas de ejecución, que se sustraen del régimen general que reclama la afectación directa e individual del recurrente, para quedar sometidos a un régimen específico, que sólo exige la primera de estas condiciones.

La presencia de la sentencia *UPA* en el trasfondo del Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa se revela igualmente en la afirmación, que sigue a la declaración de que el TJUE garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, de que “[l]os Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión” (art. 19, apdo. 1, párr. 2º, TUE). La idea de que el Tribunal de Luxemburgo no es el único garante del citado Derecho, sino que los Estados miembros también asumen un papel en su salvaguarda, debiendo ofrecer las oportunas vías judiciales internas, estaba, en efecto, presente en aquel pronunciamiento. Y es que, tras considerar satisfactorio el sistema de recursos previsto en los Tratados, el Tribunal de Justicia había dirigido su mirada

7. De conformidad con el art. III-365 (apdo. 4) del tratado por el que se establece una Constitución para Europa:

“Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones contempladas en los apartados 1 y 2, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”.

8. A diferencia del artículo 230 del Tratado CE, el artículo 263 del TFUE no menciona expresamente “las Decisiones de las que sea destinataria” la persona física o jurídica, sino, en términos más generales, “los actos de los que sea destinataria”. La modificación pretende reflejar la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, según la cual la forma en la que se presenten los actos resulta, a estos efectos, indiferente (así, STJCE de 11.11.1981, as. *IBM*, 60/81, f. j. 9) y la “jurisprudencia *Codorniu*”, de la que resulta que una medida de carácter normativo puede, sin embargo, afectar individualmente a un sujeto (STJCE de 18.5.1994, C-309/89).

a los Estados miembros y había terminado dejando en sus manos la responsabilidad de ofrecer el sistema de vías de recurso que hiciera aceptable el conjunto: "corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva"⁹. Pareciera como si, a cambio de flexibilizar en algunos supuestos la legitimación activa de los particulares en el nuevo artículo 263 del TFUE (admitiendo indirectamente que el régimen anterior no era del todo adecuado), hubiese sido necesario contentar en ese aspecto al Tribunal (y a quienes durante la Convención Europea defendieron ese mismo planteamiento, haciendo valer el carácter descentralizado del sistema, inspirado en el principio de subsidiariedad)¹⁰.

Pero centrémonos en el tema objeto de nuestro interés: los actos reglamentarios que no incluyen medidas de ejecución. En su tenor literal, desde luego, la expresión no puede considerarse feliz. Por un lado, la alusión a los "actos reglamentarios" es de una oscuridad rayana en la negrura, pues no sólo los Tratados no ofrecen una definición de esta noción, sino que ésta tampoco resulta común o siquiera intuitiva en el sistema de fuentes del Derecho de la UE. La expresión "que no incluyan medidas de ejecución", por su parte, tampoco resulta fácil de interpretar a partir de su literalidad: ¿se refiere al hecho de que el acto reglamentario no contiene medidas de ejecución o al hecho de que no las genera?; de ser éste el caso, ¿tiene alguna incidencia la existencia o no de un margen de apreciación para el aplicador material?

La indefinición del artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE suponía dar la palabra a los jueces de Luxemburgo para que aclarasen el sentido de los conceptos referidos. Ciertamente, tratándose de determinar cuándo un justiciable puede dirigirse directamente al TJUE, habría sido particularmente deseable que el nuevo supuesto incorporado a los Tratados en 2009 hubiese quedado más claramente establecido; que sea preciso conocer la jurisprudencia de la UE para determinarlo no dice, ya de entrada, nada bueno. Por otro lado, teniendo en cuenta que el Tribunal no había auspiciado la reforma del antiguo artículo 230 del Tratado CE y, en sus contribuciones a los trabajos de la Convención Europea, una vez asumida la inevitabilidad de aquélla, había apostado por cambios mínimos¹¹, no cabía razonablemente esperar que su lectura fuera a favorecer la apertura de esta institución a los particulares. En el presente trabajo tendremos ocasión de comprobar si los hechos han venido a confirmar tales augurios.

Antes, sin embargo, parece oportuno referirse al ámbito de aplicación temporal del nuevo artículo 263 del TFUE: ¿a partir de cuándo operan las nuevas reglas relativas a los requisitos de admisibilidad de los recursos de anulación interpuestos por los individuos?

9. STJCE de 25.7.2002, cit., f. j. 41.

10. V. *Informe final del Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia*, (CONV 636/03, DE 25.3.2003) apdo. 18.

11. V. *Informe final del Círculo de debate sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia* cit., apdo. 22.

II. LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NUEVAS NORMAS SOBRE EL *IUS STANDI* DE LOS PARTICULARES

Ante la ausencia en los Tratados de una disposición transitoria específica sobre este aspecto, el TJUE ha venido entendiendo que las nuevas normas sobre el *ius standi* de los particulares ante el juez de la Unión resultan de aplicación para los recursos presentados estando ya vigente el Tratado de Lisboa.

El Tribunal General lo sostuvo expresamente en su auto en el asunto *Inuit*, en el que se enfrentaba a un recurso de anulación interpuesto con posterioridad al 1 de diciembre de 2009, pero frente a un Reglamento adoptado previamente: “en virtud del principio *tempus regit actum* (...), la cuestión de la admisibilidad de un recurso debe resolverse aplicando las normas vigentes en el momento en que fue interpuesto”, concibiendo como tal “el momento en que se presenta el escrito de demanda”¹². Esta postura le llevó a examinar el recurso a la luz del actual artículo 263 del TFUE y no del antiguo artículo 230 del Tratado CE. Dicha constatación no fue refutada por el Tribunal de Justicia, quien, de hecho, lo que hizo fue examinar si el artículo 263 del TFUE había sido correctamente aplicado en su sustancia por el Tribunal General¹³.

Antes del asunto *Inuit*, este Tribunal ya había rechazado que las nuevas normas relativas al *ius standi* de los individuos pudieran aplicarse en el marco de litigios iniciados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y pendientes de resolución¹⁴.

De este modo, el Tribunal General ha aplicado en este punto la jurisprudencia tradicional relativa a otros aspectos de la admisibilidad de los recursos distintos a las normas sobre legitimación activa de los particulares¹⁵, que el Tribunal de Justicia ha invocado recientemente¹⁶.

Frente a esta aproximación, algún Abogado General ha propugnado que el elemento clave que habría de retenerse no es el momento de la formalización de

12. Auto TG de 6.9.2011, as. *Inuit Tapiriit Kanatami*, T-18/10, f. j. 34.

13. STJ de 3.10.2013, as. *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P.

14. Autos TG de 7.9.2010, as. *Etimine*, T-539/08, ff. jj. 73-80; y, de la misma fecha, as. *Norilsk Nickel Harjavalta*, T-532/08, ff. jj. 67-74. En relación con la incoherencia de este planteamiento con la jurisprudencia del TJUE relativa a la extensión de su jurisdicción en las materias del antiguo título IV del Tratado CE, v. PEERS, S. y COSTA, M., “Judicial review of EU acts after the Treaty of Lisbon: Order of 6 September 2011, Case T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Commission* & Judgment of 25 October 2011, Case T-262/10 *Microban v. Commission*”, *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 82-104, p. 86.

15. STJCE de 27.11.1984, as. *Bensider*, 50/84, f. j. 8 (sobre el tema de la personalidad jurídica de la empresa demandante); y, STJCE de 18.4.2002, as. *España c. Consejo*, C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 y C-22/01, f. j. 23 (en relación con la cuestión de si el acto impugnado ya había sido objeto de un recurso de anulación sobre la base de los mismos motivos).

16. STJ de 24.10.2013, as. *Deutsche Post*, C-77/12 P, f. j. 65 (lo que se debatía era si el acto objeto del recurso de anulación pervivía aún en el ordenamiento jurídico de la UE).

la demanda, sino el de la adopción del acto objeto de ella. Ha sido, en concreto, N. JÄSKINEN quien ha declarado: "Dado que la Decisión controvertida de la Comisión fue adoptada antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, hay que examinar los requisitos de la admisibilidad del recurso tal como estaban vigentes en la fecha de dicha Decisión, esto es, con arreglo al artículo 230 CE"¹⁷. La forma de proceder del Tribunal de Justicia en los asuntos *Stichting Woonpunt* y *Stichting Woonlinie* podría apuntar en la misma dirección, ya que en tales sentencias destaca el hecho de que el acto cuya legalidad se cuestionaba había sido aprobado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa como aparente paso previo a la aplicación del nuevo régimen en materia de legitimación activa de los justiciables¹⁸.

Desde luego, entender que las nuevas reglas se aplican cuando la medida cuya anulación se pretende ha sido adoptada a partir del 1 de diciembre de 2009 evita las dificultades derivadas de la aplicación del régimen de Lisboa (que distingue entre actos legislativos y no legislativos) a medidas pre-Lisboa (en que tal distinción no estaba presente). En el asunto *Inuit* al Tribunal General le fue fácil concluir que, dado que el Reglamento contestado había sido aprobado de conformidad con el procedimiento de codecisión, equivalente al procedimiento legislativo ordinario, se hallaba frente a un acto legislativo¹⁹; pero esa "traducción" sólo resulta evidente en los casos de instrumentos fruto de un procedimiento de codecisión. Por no hablar de los supuestos en que el procedimiento decisorio previsto en la base jurídica ha sido modificado por Lisboa²⁰...

Abordada esta cuestión, entremos a examinar de qué manera ha interpretado el TJUE la nueva noción de "acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución".

III. LA NOCIÓN "ACTO REGLAMENTARIO" EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

El párrafo 4º del artículo 263 del TFUE es el único lugar en el que los Tratados emplean la expresión "acto reglamentario". Igualmente bajo el Tratado Constitucional esa expresión se usaba sólo al describir el acceso de las personas físicas o jurídicas al TJUE a efectos anulatorios.

17. Conclusiones presentadas el 13.9.2012, as. *Suiza c. Comisión*, C-547/10 P, nota 15. En su sentencia el Tribunal de Justicia no se refirió a la cuestión de la aplicación temporal del artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE; como tampoco lo había hecho en primera instancia el Tribunal General, que desestimó el recurso de la Confederación Suiza sin pronunciarse sobre su admisibilidad.

18. STJ de 27.2.2014, as. *Stichting Woonpunt*, C-132/12 P, f. j. 42; y, STJ de 27.2.2014, as. *Stichting Woonlinie*, C-133/12 P, f. j. 29.

19. Auto TG de 6.9.2011, cit., f. j. 61.

20. Sobre todas estas dificultades, v. GÄNSER, Ch. y STANESCU, R., "La protection juridictionnelle des particuliers au sein de l'Union européenne. Les apports de l'arrêt 'Inuit'", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2013, pp. 747-760, pp. 750-751.

El asunto que dio al TJUE la oportunidad de pronunciarse por vez primera nació a raíz del recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal General por la organización Inuit Tapiriit Kanatami y otros intervinientes (principalmente fabricantes y comerciantes de productos derivados de la foca) contra el *Reglamento 1007/2009 sobre el comercio de productos derivados de la foca*, que implantó en el Mercado interior europeo la prohibición de comercializarlos. En sede de admisibilidad, el Tribunal General tuvo que establecer el carácter reglamentario o no de la medida impugnada, como operación previa para identificar los requisitos que debían satisfacer los litigantes a los efectos de tener expedita la vía del artículo 263 del TFUE.

Siendo evidente que el adjetivo “reglamentario” parece que apunta a un acto de alcance general, la cuestión que se suscitaba era si la citada expresión subsumía a los actos legislativos o, por el contrario, se refería a actos de alcance general distintos a ellos.

Tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia (que conoció del asunto en casación) acogieron la segunda interpretación²¹. En sus conclusiones, la Abogado General J. KOKOTT se pronunció en idéntico sentido²².

La lectura que proponen todas estas instancias resulta ser fruto de los métodos de interpretación habituales en Derecho y vigentes también, más concretamente, en el Derecho de los tratados: además de considerar el tenor literal del propio artículo 263 del TFUE, tienen en cuenta otras previsiones de este mismo Tratado, la finalidad perseguida por la inclusión de esa referencia final a los actos reglamentarios que no incluyan medidas de ejecución y los trabajos preparatorios del Tratado de Lisboa²³. Con alguna diferencia de matiz.

21. Auto TG de 6.9.2011, cit.; y, STJ de 3.10.2013, cit.

Para un comentario al Auto del Tribunal General, v.: ALONSO DE LEÓN, S., “Por fin una definición judicial de los ‘actos reglamentarios’ del artículo 263,4 TFUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013, pp. 345-361; CREUS, A., “Commentaire des décisions du Tribunal dans les affaires T-18/10-Inuit et T-262/10-Microban”, *Cahier de Droit Européen*, 2011, pp. 659-678; y, PEERS, S. y COSTA, M., “Judicial review of EU acts...”, *op. cit.* “Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia”, en: CORTÉS MARTÍN, J.M., “Sobre el *locus standi* del particular en el control de la legalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 34, 2014, pp. 19-36; GÄNSER, Ch. y STANESCU, R., “La protection juridictionnelle des particuliers...”, *op. cit.*; KORNEZOV, A., “Shaping the new architecture of the EU system of judicial remedies: comment on Inuit”, *European Law Review*, 2014, pp. 251-263; VAN MALLEGHEM, P. A. y BAETEN, N., “Before the law stands a gatekeeper...”, *op. cit.*; y, WAELBROECK, D. y BOMBOIS, Th., “Des requérants ‘privilegiés’ et des autres... À propos de l’arrêt Inuit et de l’exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen”, *Cahiers de Droit Européen*, 2014, pp. 21-75.

22. Conclusiones presentadas el 17.1.2013, as. C-583/11 P.

23. En ningún momento el Tribunal General, el Tribunal de Justicia o la Abogado General citan los artículos 31 y 32 de la Convención sobre el Derecho de los tratados (Viena, 1969), el referente es, antes bien, la propia jurisprudencia de TJUE (STJ de 3.10.2013,

Mientras el Tribunal General presta atención, en aplicación del método sistemático, al artículo 114 del TFUE (que alude a "las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros", distinguiendo, así, las medidas legislativas de las reglamentarias)²⁴, la Abogado General repara en el artículo 19 (apartado 1, párrafo 2º) del TUE, que, como hemos visto, implica a los Estados miembros en la salvaguarda de la tutela judicial efectiva²⁵; los jueces del Tribunal de Justicia, por su parte, se limitan a considerar los distintos párrafos del artículo 263 del TFUE. Por otro lado, los jueces del Tribunal General y del Tribunal de Justicia atienden a los trabajos de la Convención Europea (de los que resulta que la expresión "actos reglamentarios" había sido preferida en detrimento de la referencia a los "actos de alcance general", de modo que un enfoque restrictivo en lo referente a los recursos de los particulares contra los actos legislativos se consideró que seguía estando vigente)²⁶, mientras que la Abogado General incluye, junto a estos, también los trabajos de la Conferencia intergubernamental de 2007 en la que se negoció el Tratado de Lisboa y, en particular, el mandato recibido de atenerse a los términos del Tratado Constitucional en todo lo que no fuera el estricto simbolismo y, por lo que hace más concretamente aún a nuestro tema, mantener "la distinción entre lo que es un acto legislativo y lo que no lo es, así como sus consecuencias"²⁷. El empleo de los instrumentos hermenéuticos anteriores les conduce a todos a identificar la finalidad de la modificación operada por el Tratado de Lisboa sobre el *ius standi* de los particulares: permitirles presentar, en condiciones más laxas, recursos de anulación contra actos de alcance general que no constituyan actos legislativos, "evitando así los casos en los que tal persona estaría obligada a infringir el Derecho para tener acceso a un juez"²⁸.

cit., ff. jj. 50 y 84). Sin embargo, el método aplicado se atiene rigurosamente a las previsiones vienesas.

24. Auto TG de 6.9.2011, cit., f. j. 46.

25. Conclusiones cit., puntos 34-35.

26. Auto TG de 6.9.2011, cit., f. j. 49; y, STJ de 3.10.2012, cit., f. j. 59.

27. Puntos 44-46 de sus Conclusiones. La Abogado General destaca previamente un hecho sin duda cierto: que tradicionalmente el método histórico, en particular, la consideración de la génesis de los Tratados de cara a su interpretación no había desempeñado ningún papel, dada la imposibilidad de acceder a la mayoría de los *travaux préparatoires* de los Tratados constitutivos, pero que, a raíz de la instauración de convenciones para preparar las reformas de los Tratados, así como de la publicación de los mandatos de las conferencias intergubernamentales se ha verificado en este campo un profundo cambio. "La mayor transparencia previa a las reformas de los Tratados", termina concluyendo, "brinda nuevas posibilidades para su interpretación a las que, como instrumento hermenéutico adicional, no debería renunciarse cuando, como sucede en el presente asunto, el significado de una disposición no puede dilucidarse atendiendo a su tenor, su contexto normativo y la finalidad perseguida" (punto 32). Una afirmación inapelable a la luz del artículo 32 de la Convención sobre el Derecho de los tratados (Viena, 1969).

28. Auto TG de 6.9.2011, cit., f. j. 50; y, STJ de 3.10.2013, cit., f. j. 60.

En su pronunciamiento el Tribunal General niega que el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, obligue, tal y como alegaban los recurrentes, a flexibilizar las condiciones de admisibilidad de los recursos contra los actos legislativos obra de los particulares y evoca, en este punto, la sentencia del TJCE en el asunto *Jégo-Quéré* para sostener que el juez de la Unión no puede ignorar los requisitos expresamente previstos en los Tratados²⁹.

Concluye de este modo el Tribunal General que “el concepto de ‘acto reglamentario’ en el sentido del artículo 263 del TFUE, párrafo cuarto, incluye cualquier acto de carácter general a excepción de los actos legislativos”³⁰. Lo cual conlleva, según reconoce el propio Tribunal, que “un acto legislativo puede ser objeto de un recurso de anulación por parte de una personas física o jurídica únicamente si la afecta directa e individualmente”³¹.

La interpretación establecida sobre la base de estos elementos por el Tribunal General le conduce, en el caso *sub lite*, a inadmitir el recurso interpuesto por Inuit Tapiriit Kanatami y los demás litigantes, tras constatar que el Reglamento impugnado, emanado del procedimiento de codecisión (hoy, procedimiento legislativo ordinario), es un acto legislativo, por el que los demandantes no se ven directa e individualmente concernidos³².

El Tribunal de Justicia, en casación, y antes la Abogado General, alcanzan una conclusión idéntica³³, pero se entretienen bastante más que el Tribunal General en el examen del derecho a la tutela judicial efectiva; no en balde uno de los motivos invocados por los recurrentes en apoyo de su recurso era la infracción que habría cometido aquél del artículo 47 de la Carta y de los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950).

Antes de detenerse en el precepto referido de la Carta (en cuya incapacidad para obviar los requisitos previstos en los Tratados se reafirma³⁴), el Tribunal de Justicia juzga oportuno sacar a colación el artículo 19 (apartado 1) del TUE, que había sido ignorado en primera instancia, para recordar que el

29. Auto TG de 6.9.2011, cit., f. j. 51.

30. *Ibid.*, f. j. 56.

31. *Ibid.*

32. Respecto de algunos de los litigantes, el Tribunal General negó la afectación directa; en los demás, rechazó su afectación individual.

33. En la sentencia dictada en casación, el Tribunal de Justicia no quiso entrar a valorar si el Tribunal General había incurrido en un error al rechazar la afectación directa de algunos demandantes, dado que ambos requisitos son cumulativos y, en todo caso, en ninguno se daba la afectación individual, un concepto con respecto al cual se reafirmó en la interpretación tradicional (STJ de 3.10.2012, cit., ff. jj. 70-71).

34. STJ de 3.10.2013, cit., ff. jj. 97-98.

control judicial del cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Unión corresponde al TJUE, pero también a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros³⁵. Acto seguido recupera la idea ya manifestada en la sentencia *UPA* de que, mediante el recurso de anulación, la excepción de ilegalidad y la cuestión prejudicial de validez (artículos 263, 277 y 267 TFUE, respectivamente) el Tratado "ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión, confiando dicho control al juez de la Unión"³⁶. Prepara así el terreno para la misma salida que dio en *UPA*, consistente en confiar la solución del asunto a los Estados miembros ("corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva"³⁷), una obligación ahora confirmada por el artículo 19 (apartado 1, párrafo 2º) del TFUE³⁸. En este punto el Tribunal de Justicia retoma la doctrina jurisprudencial sentada en el asunto *Unibet*, en el sentido de que "ni el Tratado FUE ni el artículo 19 TUE se propusieron crear ante los órganos jurisdiccionales nacionales, para la preservación del Derecho de la Unión, vías jurisdiccionales distintas de las establecidas en el Derecho nacional"³⁹, salvo que "se desprendiera del sistema del ordenamiento jurídico nacional en cuestión que no existe ninguna vía de recurso que permita, siquiera por vía incidental, garantizar el respeto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, o en el caso de que la única vía de los justiciables para acceder a un juez fuera verse obligados a infringir el Derecho"⁴⁰, una doctrina jurisprudencial a cuya construcción contribuye al declarar que "ni el citado derecho fundamental [la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 47 de la Carta] ni el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, exigen que un justiciable pueda presentar un recurso contra tales actos, con carácter principal, ante los órganos jurisdiccionales nacionales"⁴¹. Previamente había señalado, en un sentido similar, que "la protección que concede el artículo 47 de la Carta no exige que un justiciable pueda, de forma incondicional, presentar un recurso de anulación directamente ante los órganos jurisdiccionales de la Unión contra actos legislativos de ésta"⁴². Desestimó, así, por infundado, el tercer motivo de casación; como todos los demás.

35. *Ibid.*, f. j. 90.

36. *Ibid.*, f. j. 92.

37. *Ibid.*, f. j. 100.

38. *Ibid.*, f. j. 101.

39. *Ibid.*, f. j. 103.

40. *Ibid.*, f. j. 104.

41. *Ibid.*, f. j. 106.

42. *Ibid.*, f. j. 105.

Aunque abiertamente cuestionada por uno de sus Abogados Generales (M. WATHELET)⁴³, la definición de acto reglamentario ofrecida por el TJUE en el asunto *Inuit* parece haberse consolidado en el seno de esta institución. Un mes y medio después de su auto en dicho asunto, el Tribunal General se refería a ella, sin titubeos, como “jurisprudencia”: “Es preciso recordar”, dirá en su sentencia en el asunto *Microban*, “que, según la jurisprudencia, debe entenderse que el concepto de ‘acto reglamentario’ en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, incluye cualquier acto de carácter general a excepción de los actos legislativos”⁴⁴. Puede que entonces resultara un tanto audaz, teniendo en cuenta que era la segunda vez en que el Tribunal General abordaba el asunto, el escaso tiempo transcurrido desde la primera ocasión y la falta de pronunciamiento (aún) del Tribunal de Justicia, pero hoy puede decirse, sin lugar a dudas, que ésa es la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁴⁵.

Dicho lo cual, hay asuntos que el TJUE ha resuelto sin examinar si el acto recurrido era o no un acto reglamentario, entrando directamente a comprobar los otros factores de los que depende la flexibilización del *ius standi* de la persona de que se trate (ausencia de medidas de ejecución y afectación directa)⁴⁶. Más aún: ha habido casos en los que, tras negar la afectación directa de los particulares demandantes, ha inadmitido, sin ulteriores consideraciones, su recurso⁴⁷; como también supuestos en los que el TJUE no ha establecido ni el carácter de acto reglamentario, ni la falta de medidas de ejecución, por juzgarlo irrelevante, una vez

43. Conclusiones presentadas el 29.5.2013, as. *Stichting Woonpunt*, C-132/12 P; y, en idéntica fecha, as. *Stichting Woonlinie*, C-133/12 P. Volveremos sobre ellas más adelante (subepígrafe V.A).

44. STG de 25.10.2011, as. T-262/10, f. j. 21.

45. Como ejemplos de pronunciamientos en los que se maneja la definición de acto reglamentario dada en *Inuit*, v.: Auto TG de 4.6.2012, as. *Hüttenwerke Krupp Mannesmann*, C-379/11, f. j. 34; Auto TG de 4.6.2012, as. *Eurofer*, T-381/11, f. j. 42; STG de 7.3.2013, as. *Bilbaína de Alquitranes*, T-93/10, f. j. 55; STG de 7.3.2013, as. *Rütgers*, T-94/10, f. j. 56; STG de 7.3.2013, *Cindu Chemicals*, T-95/20, f. j. 63; STG de 7.3.2013, as. *Rütgers*, T-96/10, f. j. 57; o, STG de 30.5.2013, as. *Anicav y Agrucon*, T-454/10 y T-482/11, f. j. 42.

46. Así, en el asunto *Telefónica* el Tribunal General analizó, en primer lugar, si la Decisión cuya anulación pretendía esta empresa incluía o no medidas de ejecución; tras concluir que así era, entró a ver si se daba la afectación individual. Como no era el caso, inadmitió el recurso (Auto de 21.3.2012, T-228/10). Esta forma de proceder fue respalda en casación por TJ: “[E]l Tribunal General actuó con arreglo a Derecho al declarar (...) que, independientemente de la cuestión de si la Decisión controvertida es un acto reglamentario, en el presente asunto no concurrían los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, *in fine*” (STJ de 19.12.2013, C-274/12 P, f. j. 38). El Tribunal General ha seguido un planteamiento idéntico en otros supuestos (STG de 8.3.2012, as. *Iberdrola*, T-221/10; STG de 6.6.2013, as. *T&L Sugars*, T-279/11; y, Auto TG de 9.9.2013, as. *Altadis*, T-400/11).

47. Auto TG de 21.9.2011, as. *Borax*, T-346/10; y, Auto TG de 27.11.2012, as. *ADEDY*, T-541/10.

constatada la concurrencia en los recurrentes de la afectación directa e individual⁴⁸. Un caso extremo es el asunto *Inuit II*, en el que Tribunal General examinó las pretensiones de anulación de los demandantes, sin pronunciarse previamente acerca de la admisibilidad del recurso, reivindicando, a tales efectos, su facultad para apreciar si una buena administración de la justicia justifica que se desestime el recurso en cuanto al fondo sin pronunciarse sobre su admisibilidad⁴⁹.

A pesar de que en estos supuestos quizá no era necesario establecer el carácter reglamentario de la medida cuya anulación se pretendía (porque las partes no lo discutían⁵⁰ o era, en efecto, jurídicamente irrelevante), pensamos que habría sido conveniente que el TJUE hubiese aprovechado la ocasión para "hacer pedagogía", insistiendo en una definición, que, no lo olvidemos, tiene un origen jurisprudencial y de la que depende el acceso al Tribunal por parte de los particulares. El valor de lo que está en juego habría justificado, a nuestro entender, el sacrificio parcial de la economía procesal.

IV. LA AUSENCIA DE MEDIDAS DE EJECUCIÓN ("QUE NO INCLUYEN MEDIDAS DE EJECUCIÓN") EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Como apuntábamos más arriba, el significado de la expresión "que no incluyen medidas de ejecución" en el marco del artículo 263 (párrafo 4º, *in fine*) del TFUE tampoco resulta evidente. Por de pronto ese "incluye" podría querer decir "contiene" o "da lugar"; tampoco queda claro, según decíamos, la incidencia que en la valoración de este aspecto puede tener la existencia de un margen de apreciación dejado al aplicador material.

La primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia fijó su postura sobre el particular fue en el asunto *Telefónica*, que tiene su origen en un recurso de anulación presentado por esta compañía ante el Tribunal General contra una Decisión de la Comisión, en la que se sostenía que una disposición de la Ley española relativa al impuesto sobre sociedades constituía una ayuda de Estado parcialmente incompatible con el mercado común. El Tribunal General inadmitió el recurso, por entender que la Decisión incluía medidas de aplicación y no afectaba indivi-

48. STJ de 16.1.2014, as. *BP Products North America*, T-385/11; y, STG de 30.4.2014, as. *Hagemeyer y Hahn*, T-17/12.

49. STG de 25.4.2013, T-526/10, f. j. 20. Se trataba del recurso de anulación interpuesto por las mismas entidades que habían iniciado el asunto *Inuit*, contra (ahora) el Reglamento de la Comisión de ejecución del Reglamento impugnado en el primer recurso. El Tribunal General lo desestimó, tras descartar la concurrencia de todos los motivos alegados por los litigantes.

50. Con todo, tengamos presente que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del TJUE, la admisibilidad de un recurso es una cuestión de orden público que el Tribunal puede examinar de oficio, sin, por tanto, estar condicionado por los motivos de inadmisibilidad suscitados por la institución demandada (STG de 16.1.2014, as. *BP Products North America*, T-385/11, f. j. 70, en la jurisprudencia más reciente).

dualmente a la demandante⁵¹. El recurso de casación interpuesto por Telefónica contra el auto de inadmisión brindó al Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse, a través de una sentencia que (ya lo adelantamos) terminaría siendo desestimatoria⁵².

A diferencia de la Abogado General J. KOKOTT, quien, en sus conclusiones, había empezado señalando que la interpretación de la noción “actos que no incluyan medidas de ejecución” no resulta fácil si se parte del tenor literal del artículo 263 (párrafo 4º, *in fine*) del TFUE⁵³, el Tribunal de Justicia omite esta observación y acude directamente como criterio interpretativo al objetivo perseguido con la introducción de este concepto, según resulta de los trabajos preparatorios: “el concepto de ‘actos reglamentarios (...) que no incluyan medidas de ejecución’ ha de interpretarse teniendo en cuenta el objetivo de esta disposición, que -como se deduce de los trabajos preparatorios- consiste en evitar que un particular se vea obligado a quebrantar el Derecho para tener acceso al juez”⁵⁴. “Ahora bien”, continúa su discurso, “cuando un acto reglamentario produce directamente efectos en la situación jurídica de una persona física o jurídica sin requerir medidas de ejecución, existiría el riesgo de que dicha persona se viera desprovista de tutela judicial efectiva si no dispusiera de una vía de recurso directo ante el juez de la Unión para impugnar la legalidad de ese acto reglamentario. En efecto, a falta de medidas de ejecución, aunque el acto de que se trate afectara directamente a una persona física o jurídica, ésta sólo podría obtener el control judicial de dicho acto tras haber infringido sus disposiciones, invocando la ilegalidad de tales disposiciones en los procedimientos abiertos en su contra ante los tribunales nacionales”⁵⁵. Por el contrario, cuando un acto reglamentario incluye medidas de ejecución, “el control judicial del respeto del ordenamiento jurídico de la Unión queda garantizado independientemente de que tales medidas procedan de la Unión o de los Estados miembros. Las personas físicas o jurídicas que no puedan impugnar directamente un acto reglamentario de la Unión ante el juez de la Unión, a causa de los requisitos de admisibilidad establecidos en el 263 TFUE, párrafo cuarto, quedan protegidas, no obstante, contra la aplicación de dicho acto en lo que a ellas respecta mediante la posibilidad de impugnar las medidas de ejecución que lleva implícitas”⁵⁶. Y recuerda que, cuando la aplicación de tales actos corresponde a la UE, las personas están facultadas para interponer

51. Auto TG de 21.3.2012, T-228/10. El recurso de Iberdrola contra esa misma decisión había recibido unos días antes idéntico tratamiento (Auto TG de 8.3.2012, T-221/10). La misma suerte corrió unos meses más tarde el recurso de Altadis (Auto TG de 8.9.2013, T-400/11).

52. STJ de 19.12.2013, C-274/12 P.

53. Conclusiones presentadas el 21.3.2013, punto 35.

54. F. j. 27.

55. *Ibid.*

56. F. j. 28.

un recurso de anulación contra los actos de aplicación e invocar, en su apoyo, *ex* artículo 277 del TFUE, la ilegalidad del acto de base de que se trate; mientras que, cuando la aplicación es competencia de los Estados miembros, los particulares están en condiciones de alegar dicha ilegalidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales, instándoles a consultar al TJUE mediante la cuestión prejudicial del artículo 267 del TFUE⁵⁷.

Siguiendo al Abogado General, los jueces opinan que la disposición impugnada (a saber, el apartado 1 del artículo 1 de la Decisión de la Comisión, que hace constar que el régimen previsto en la normativa española es incompatible con el mercado común) incluye medidas de ejecución en el sentido del artículo 263 (párrafo 4º, *in fine*) del TFUE para Telefónica⁵⁸, toda vez que no determina los efectos jurídicos concretos que tal declaración de incompatibilidad tendrá para ella, algo que se producirá a través de actos administrativos nacionales, tales como liquidaciones tributarias, que constituyen de este modo "medidas de ejecución" ("[E]l artículo 1, apartado 1, de la Decisión controvertida tiene por único objeto declarar la incompatibilidad con el mercado común del régimen litigioso. Esta disposición *no determina la consecuencias específicas* de esa declaración para cada uno de los contribuyentes, consecuencias que se materializarán en actos administrativos tales como liquidaciones tributarias que, como tales, constituyen medidas de ejecución que el artículo 1, apartado 1, de la Decisión controvertida 'incluye', en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, *in fine*"⁵⁹). Refrenda así la actuación del Tribunal General, quien había declarado que las medidas destinadas a aplicar la decisión de incompatibilidad, entre ellas, en particular, la consistente en denegar la posibilidad de acogerse a la ventaja fiscal controvertida, denegación que Telefónica podría impugnar ante los tribunales españoles, son "medidas de ejecución" de la Decisión impugnada⁶⁰.

El Tribunal de Justicia considera igualmente ajustado a Derecho que el Tribunal General hubiese negado la afectación individual de Telefónica por tal Decisión⁶¹.

57. F. j. 29.

58. Previamente el TJUE había proclamado que "[P]ara determinar si un acto reglamentario incluye medidas de ejecución es preciso considerar la posición de la persona que invoca el derecho de recurso al amparo del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, *in fine*. Así pues, la cuestión de si el acto de que se trata lleva implícitas medidas de ejecución con respecto a otros justiciables no es pertinente" (f. j. 30).

Y que "[P]ara verificar si el acto impugnado incluye medidas de ejecución, procede referirse exclusivamente al objeto del recurso y, en el supuesto de que el demandante solicite sólo la anulación parcial de un acto, únicamente deberá tomarse en consideración, en su caso, las medidas de ejecución que pueda llevar implícitas esa parte del acto" (f. j. 31).

59. F. j. 35; énfasis añadido.

60. F. j. 36.

61. Ff. jj. 46-50.

En cuanto a la alegación de la empresa española de que, al declarar la inadmisibilidad de su recurso, el Tribunal General había violado su derecho a la tutela judicial efectiva, derivado del Convenio de Roma de 1950 y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el Tribunal argumenta que la imposibilidad para Telefónica de atacar directamente ante el TJUE la legalidad de la Decisión de la Comisión no vulnera dicho derecho, dado que ésta incluye medidas de ejecución, que podrán ser impugnadas ante un tribunal español, a quien aquélla podrá inducir a elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo⁶². Antes aprovechará para insistir en su discurso de que el control judicial del respecto del Derecho de la UE corre a cargo del TJUE y de los tribunales nacionales y de que el TFUE “ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión, confiando dicho control al juez de la Unión”⁶³.

La idea de que un instrumento (*rectius*, un acto reglamentario) de la UE “incluye medidas de ejecución” cuando a través de éstas se especifican, se concretan, las consecuencias que se derivan de aquél para los recurrentes, está presente en dos resoluciones, aún más recientes, del Tribunal de Justicia y con las que se agota, por el momento, su jurisprudencia sobre el particular. Se trata de las ya citadas sentencias en los asuntos *Stichting Woonpunt*⁶⁴ y *Stichting Woonlinie*⁶⁵, por medio de las cuales resolvió (para estimarlos) sendos recursos de casación presentados por varias entidades neerlandesas promotoras de viviendas de protección oficial frente a dos autos del Tribunal General inadmitiendo sus recursos de anulación contra una Decisión de la Comisión en materia de ayudas públicas dirigida a Países Bajos⁶⁶. En sus resoluciones sobre estos asuntos el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre el carácter de acto reglamentario de la Decisión (un ejemplo más) y entra directamente a examinar si ésta precisa medidas de ejecución. Su respuesta es positiva, sobre la base de dos elementos: por una parte, el Tribunal de Justicia destaca que “las recurrentes pretenden con su recurso que se anule la Decisión controvertida por la que la Comisión confirma la compatibilidad de la ayuda E 2/2005 con el mercado común a raíz de los compromisos asumidos por las autoridades neerlandesas mediante los que se modifica el régimen de ayudas del que disfrutaban las recurrentes. Se desprende del cuadragésimo primer considerando de la Decisión controvertida que dichos compromisos serán puestos en práctica por un nuevo Decreto Ministerial y una nueva Ley sobre la vivien-

62. F. j. 58.

63. F. j. 57.

64. STJ de 27.2.2014, C-132/12 P.

65. STJ de 27.2.2014, C-133/12 P.

66. Autos de TG de 16.12.2011, T-202/10 y, de la misma fecha, T-203/10. No nos resistimos a mencionar que el Tribunal General no había tenido en cuenta la modificación operada por el Tratado de Lisboa sobre las normas relativas al acceso de las personas al recurso de anulación y había inadmitido el recurso después de concluir que las recurrentes no estaban afectadas individualmente por la Decisión controvertida.

da"⁶⁷. Además, en segundo lugar, el Tribunal de Justicia observa que "la Decisión controvertida *no define las consecuencias específicas y concretas* de la aplicación de los compromisos asumidos por las autoridades neerlandesas en el marco de la ayuda E 2/2005 *para las actividades de las recurrentes*. Tales consecuencias se materializarán mediante actos adoptados en ejecución del Decreto Ministerial y de la nueva Ley sobre la vivienda, que, como tales, constituyen medidas de ejecución incluidas en la Decisión controvertida y a las que se refiere el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, tercera parte de la frase"⁶⁸.

Pese a que no tiene ya que ver con el elemento que aquí nos interesa, cabe mencionar que el Tribunal de Justicia dedujo, entonces, que la demanda de anulación de las promotoras de vivienda holandesas no se ubicaba en el nuevo escenario procesal para los particulares introducido por Lisboa, sino en el segundo, en el que se reclama la afectación directa e individual. En tales circunstancias, consideró que el error cometido por el Tribunal General (consistente en examinar sólo la afectación individual⁶⁹) era inoperante⁷⁰. Sin embargo, a diferencia de éste, el Tribunal de Justicia entendió que las recurrentes sí que estaban individualmente afectadas por la Decisión controvertida y declaró por ello la anulación de los dos autos recurridos⁷¹. Antes de devolver el asunto al Tribunal General para que resolviera sobre el fondo de los recursos interpuestos ante él, el Tribunal de Justicia zanjó definitivamente (en un sentido afirmativo) la cuestión de su admisibilidad, después de añadir a lo ya dicho (acto que incluye medidas de ejecución y afecta individualmente a los demandantes) que también se daba su afectación directa⁷².

Recuperando el hilo de nuestro discurso, interesa añadir que, a la hora de apreciar la existencia/ausencia de medidas de ejecución en el marco del artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE, parece (porque no lo ha explicitado en ninguno de los pronunciamientos examinados) que el Tribunal de Justicia no toma en consideración si el acto reglamentario deja o no margen de apreciación a las autoridades encargadas de su aplicación material. En el asunto *Telefónica* era evidente que, a resultas de la declaración de incompatibilidad del régimen fiscal establecido por la Ley del impuesto sobre sociedades española con el mercado común, las autoridades de nuestro país no podían seguir aplicando las ventajas fiscales en cuestión; su capacidad de maniobra brillaba por su ausencia: cada vez que un sujeto pasivo que antes habría resultado beneficiario de tales ventajas fiscales pretendiera acogerse a ellas, la Administración tendría necesariamente que denegarle esa posibilidad (a través de la liquidación tributaria). Pero el Tribunal de Justicia no

67. C-132/12 P, f. j. 52; y, C-133/12 P, f. j. 39.

68. C-132/12 P, f. j. 53; y, C-133/12 P, f. j. 40. Énfasis añadidos.

69. V. nota 66.

70. C-132/12 P, f. j. 54; y, C-133/12 P, f. j. 41.

71. C-132/12 P, ff. j. 56-64; y, C-133/12 P, ff. jj. 43-51.

72. C-132/12 P, ff. j. 65-75; y, C-133/12 P, ff. jj. 52-62.

saca a la palestra este aspecto. Como decimos, no hay, al menos hasta ahora, un posicionamiento expreso por su parte.

El tema de la incidencia del margen de apreciación en la valoración de la falta de medidas de ejecución ha estado, en cambio, abiertamente presente en varias resoluciones del Tribunal General. Éste ha venido argumentando que la cuestión de si el acto (reglamentario) de la UE concede o no una facultad de apreciación a las autoridades nacionales a la hora de su aplicación carece de pertinencia y que el requisito de la falta de medidas de ejecución y el de la afectación directa (en cuya configuración se considera no sólo si la medida impugnada surte efectos directos en la situación jurídica del particular, sino también “que no deje ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa de la Unión, sin aplicación de otras normas intermedias”⁷³) constituyen condiciones distintas: “Ha de señalarse que la cuestión de si [el acto] impugnad[o] concede o no una facultad de apreciación a las autoridades encargadas de las medidas de ejecución carece de pertinencia. En efecto”, ha seguido declarando en algunos casos, “es cierto que la falta de facultad de apreciación es un criterio que debe examinarse para comprobar si se cumple el requisito de afectación directa de un demandante (...). No obstante, el requisito de la existencia de un acto que no incluya medidas de ejecución, establecido en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, constituye una condición diferente de la relativa a la afectación directa”⁷⁴.

El Abogado General M. WATHELET se ha opuesto a esta lectura, ofreciendo una visión alternativa, en la que la falta de medidas de ejecución no es un requisito adicional, sino una reiteración de la condición de afectación directa y las medidas adoptadas por las autoridades nacionales sin facultad de apreciación se excluyen del concepto “medidas de ejecución” empleado en el artículo 263 del TFUE⁷⁵.

En las sentencias en los dos asuntos en cuyo marco el Abogado General belga se expresó en estos términos, el Tribunal de Justicia no siguió su propuesta. De hecho, mientras aquél había concluido que se daban los requisitos del artículo 263 (párrafo 4º, *in fine*) del TFUE, el Tribunal entendió (en lo que podría considerarse una confirmación de que comparte el planteamiento del Tribunal General) que faltaba la condición relativa a la ausencia de medidas de ejecución y el caso

73. Así, STJCE de 5.5.1998, as. *Dreyfus*, C-386/96 P, f. j. 43; STJCE de 29.6.2004, as. *Front national*, C-486/01 P, f. j. 34; o, STJCE de 10.9.2009, as. *Comisión c. Ente per le Ville vesuviane y Ente per le Ville vesuviane c. Comisión*, C-445/07 P y C-455/07 P, f. j. 45, entre otras muchas.

74. Autos de 4.6.2012, as. *Eurofer*, T-381/11, f. j. 59; y, de la misma fecha, as. *Hüttenwerke Krupp Mannesmann*, T-379/11, f. j. 51. En el mismo sentido, Auto TG de 5.2.2013, as. *BSI*, T-551/11, f. j. 56; STG de 6.6.2013, as. *T&L Sugars*, T-279/11, f. j. 53; y, STG de 9.9.2013, as. *Altadis*, T-400/11, f. j. 47.

75. Conclusiones presentadas el 29.5.2013, as. *Stichting Woonpunt*, C-132/12 P, punto 75; y, as. *Stichting Woonlinie*, C-133/12 P, punto 47.

tenía entonces que analizarse a la luz de la segunda variante prevista en dicha disposición⁷⁶.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA EXAMINADA

Después de haber presentado la jurisprudencia habida hasta la fecha en relación con la noción de "actos reglamentarios que no incluyen medidas de ejecución", procede entrar a valorarla. En un tema como éste son casi infinitas las cuestiones que se pueden suscitar. Nuestra intención es centrarnos en dos: la exclusión de los actos legislativos de la noción de "acto reglamentario" (subepígrafe A); y, la incidencia del margen de apreciación dejado a las autoridades nacionales a la hora de determinar si un acto reglamentario "incluye medidas de ejecución" (subepígrafe B). Al abordar estos asuntos saldrán a colación sentencias del Tribunal General aún no mencionadas.

A. SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS DE LA NOCIÓN DE "ACTO REGLAMENTARIO"

A propósito de la definición ofrecida de "acto reglamentario" como instrumento de carácter general no legislativo, habría que comenzar apuntando que, en la doctrina, varios autores han criticado ese segundo elemento, vinculado a la exclusión de los actos legislativos⁷⁷. A su juicio, cualquier medida con un alcance general debería ser considerada acto reglamentario, sin importar si es legislativa o no. En el seno del Tribunal de Luxemburgo, M. WATHELET ha suscrito esta interpretación⁷⁸.

Desde esta perspectiva, la diferencia entre el segundo y el tercero de los supuestos contemplados en el artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE residiría en si la medida general en cuestión requiere o no actos de aplicación: si no son necesarios (la medida es *self-executing*), bastaría con que el particular recurrente se viera directamente afectado por ella para tener expedita la vía al Tribunal de Luxemburgo; si, en cambio, la medida normativa provoca actos de aplicación (es *non self-executing*), el acceso al Tribunal sólo sería posible si, además, aquélla afecta de manera individual al sujeto en cuestión.

76. Sentencias TJ de 27.2.2014, as. *Stichting Woonpunt*, C-132/12 P; y, as. *Stichting Woonlinie*, C-133/12 P.

77. Así, BAST, J., "New categories of acts after the Lisbon reform: Dynamics of parliamentarization in EU law", *Common Market Law Review*, 2012, pp. 885-928, pp. 904-907; DOUGAN, M., "The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts", *Common Market Law Review*, 2008, pp. 617-703, p. 679; PEERS, S. y COSTA, M., "Judicial Review of EU acts...", *op. cit.*, pp. 91-92; o, WAELEBROECK, D. y BOMBOIS, Th., "Des requérants 'privilegiés' et des autres...", *op. cit.*, pp. 27-35.

78. Conclusiones presentadas 29.5.2013 en los asuntos *Stichting Woonpunt* (C-132/12 p, puntos 56-65) y *Stichting Woonlinie* (C-133/12 P, puntos 29-38).

La Abogado General J. KOKOTT justifica la exclusión de los actos legislativos de la definición de acto reglamentario, destacando que, en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, las personas no pueden impugnar directamente las leyes parlamentarias o, en caso de poder hacerlo, tienen una capacidad limitada, lo cual se explica por “la especial legitimación democrática de la que goza la legislación parlamentaria”⁷⁹. Este planteamiento no parece que pueda ser rebatido: ciertamente las medidas que son fruto de las asambleas parlamentarias pueden merecer un especial blindaje. Ahora bien, lo que sucede en el sistema de la UE es que no todos los actos legislativos tienen un respaldo democrático que los haga, en nuestra opinión, acreedores de dicho blindaje.

Recordemos, antes de nada, que, conforme al artículo 289 (apartado 3) del TFUE, “los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos” y que, junto al procedimiento legislativo ordinario (que es único y que describe en todos sus detalles el artículo 294 del TFUE), existen unos procedimientos legislativos especiales, que pueden presentar varias versiones, según la decisión quede en manos del Consejo o del Parlamento y según el papel (consulta o aprobación) que se reconozca a la otra institución⁸⁰.

Desde la perspectiva a la que alude J. KOKOTT, nada habría que objetar a la limitación del *ius standi* de los particulares frente a los actos legislativos resultantes de un procedimiento legislativo ordinario, tampoco frente a los que son fruto de un procedimiento legislativo especial en el que el poder decisorio corresponde al Parlamento Europeo o, incluso, frente a aquellos que son adoptados por el Consejo con la aprobación de aquél, pero, ¿qué aval democrático (y, por ende, qué escudo) cabe reconocer a las medidas emanadas del Consejo y en cuyo proceso de adopción el Parlamento Europeo ha intervenido únicamente a título consultivo?

A la inversa, pueden existir actos reglamentarios (fácilmente abiertos, por tanto, al ataque de los particulares ante el TJUE) en los que quepa apreciar la presencia de un componente democrático resultante de la aprobación que el Parlamento Europeo hubo de dar de cara a su adopción y que no serán actos legislativos por cuanto que no son fruto de un procedimiento calificado de legislativo (especial)⁸¹.

79. Conclusiones presentadas el 17.1.2013, as. *Inuit*, C-583/11 P, punto 38.

80. A tenor del artículo 289 (apartado 2) del TFUE:

“En los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial”.

81. Según se ha sostenido, un procedimiento que confíe el poder decisorio al Consejo y prescriba la aprobación (o la consulta) del Parlamento Europeo sólo será un procedimiento legislativo especial cuando así se diga, expresamente, en la base jurídica. Al respecto, v. MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “A vueltas con la noción de ‘acto legislativo’ y sus consecuencias jurídicas en el Derecho de la Unión Europea”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013*, pp. 97-159, pp. 111-116.

Los críticos de la definición acogida por el TJUE del concepto de "acto reglamentario" porque deja fuera a los actos legislativos han argumentado que la distinción entre los actos legislativos y los no legislativos es puramente formal, en la medida en que depende del procedimiento decisorio del que unos y otros nacen. En otra sede, ya hemos tenido ocasión de manifestar que esta distinción, aparentemente basada en criterios procedimentales, esconde, en realidad, consideraciones sustantivas y que, por lo general, los negociadores de Lisboa previeron un procedimiento legislativo en aquellas bases jurídicas que dejaban espacio para las opciones políticas o sensibles desde la perspectiva de los derechos fundamentales⁸². Ahora bien, una vez establecido que el procedimiento debía ser "legislativo", fueron consideraciones vinculadas con la relación de poder entre el Consejo (y, por tanto, los Estados miembros) y el Parlamento Europeo las que determinaron si el procedimiento sería un legislativo ordinario o un legislativo especial y, en este último caso, en cuál de sus posibles modalidades. Falta así una correlación entre la naturaleza legislativa de una medida y su impronta democrática o, dicho de otro modo, la justificación que en los sistemas nacionales explica la inmunidad de las medidas legislativas frente al ataque directo de los individuos no resulta siempre válida en el seno de la UE.

En este mismo sentido, es oportuno añadir que el papel que juegan los Parlamentos nacionales a través del denominado "mecanismo de alerta temprana" con respecto a los proyectos de actos legislativos tampoco les aporta una legitimidad democrática. Lo de menos es que opere sólo en los ámbitos de competencias compartidas, lo de más es que el papel de las Cámaras legislativas nacionales es estrictamente negativo (sólo pueden emitir un dictamen indicando su opinión contraria a la conformidad del proyecto con el principio de subsidiariedad), no es decisivo (la Comisión o la instancia autora del proyecto puede mantenerlo en los términos iniciales) y, sobre todo, se limita a comprobar un único aspecto de la legislación que se pretende adoptar, como es, el respeto por su parte de la subsidiariedad.

El elemento democrático no explicaría, por último, el régimen al que queda sometida la impugnación por un particular de las decisiones que no le van dirigidas⁸³. Estas decisiones suelen ser adoptadas en solitario por la Comisión (pensemos en una Decisión en el ámbito del Derecho de la competencia o de las ayudas de Estado) y, sin embargo, pese a ser por completo ajenas al Parlamento Europeo, el cuestionamiento de su legalidad ante el TJUE es sumamente arduo para las personas que no son sus destinatarios formales, pues han de satisfacer el doble test de la afectación directa e individual.

82. MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., "A vueltas con la noción de 'acto legislativo'...", *op. cit.*, pp. 118-128.

83. V., en este sentido, GANSER, Ch. y STANESCU, R., "La protection juridictionnelle des particuliers...", *op. cit.*, p. 755-756.

Nos guste o no la exclusión de los actos legislativos del concepto de actos reglamentarios, es posible sostener que esta interpretación era inevitable a la vista de los trabajos preparatorios⁸⁴. Lo que entonces cabría reclamar es una mayor coherencia en la configuración del sistema de Derecho derivado de la UE para que, si no es posible llegar a arbitrar un único procedimiento legislativo coincidente con el que ahora llamamos “ordinario”, al menos se evite atribuir carácter legislativo a procedimientos en los que la intervención del Parlamento Europeo es puramente consultiva. Sin considerar otros efectos vinculados a la condición legislativa de un acto, desde el punto de vista de la legitimación activa de los particulares en el marco del recurso de anulación, la atribución del carácter legislativo a un procedimiento decisorio (y, por ende, al instrumento resultante) es, a todas luces, contraproducente⁸⁵; siendo esto así, podría argumentarse que vale la pena pagar el precio de la práctica exclusión del *ius standi* de los individuos sólo si el Parlamento Europeo tiene una voz decisiva⁸⁶.

La paradoja del *status quo* de la legitimación de los particulares frente a los actos legislativos es que hoy *UPA* (cuyo recurso ante el TPI fue el desencadenante de la reforma de Lisboa) recibiría idéntica respuesta, ya que, de ser adoptado en la actualidad, el Reglamento entonces impugnado sería un acto legislativo (por cuanto resultante del procedimiento legislativo ordinario, que prescribe el artículo 43 del TFUE) y no habría modo de apreciar la afectación individual de éste sobre *UPA*.

Frente a los actos legislativos la insatisfactoria situación puesta de manifiesto en el asunto *UPA* (actos que, por ser *self-executing*, no generan naturalmente medidas de aplicación alguna, de modo que hay que infringirlos para poder provocar la aparición de un acto nacional que abra la vía a los tribunales de ese Estado) segui-

84. Como es bien sabido, de acuerdo con el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, los trabajos preparatorios (y, en general, los elementos complementarios) permiten fijar el sentido de una previsión convencional cuando la aplicación de la Regla general de interpretación del artículo 31 lo deje ambiguo.

Sobre la dificultad para que el TJUE pudiera acoger una definición distinta de acto reglamentario, v. KORNEZOV, A., “Shaping the new architecture of EU system of judicial remedies...”, *op. cit.*, pp. 255-256. En contra, v.: CORTÉS MARTÍN, J.M., “Sobre el *locus standi* del particular en el control de la legalidad”, *op. cit.*, p. 24; VAN MALLEGHEM, P. A. y BAETEN, N., “Before the law stands a gatekeeper...”, *op. cit.*, pp. 1204-1213; y, WAELEBROECK, D. y BOMBOIS, Th., “Des requérants ‘privilegiés’ et des autres...”, *op. cit.*, pp. 29-31.

85. Sobre los efectos jurídicos vinculados al carácter legislativo de los actos, v., de nuevo, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “A vueltas con la noción de ‘acto legislativo’...”, *op. cit.*, pp. 128-152.

86. Un poco en esta línea, A. TÜRK ha defendido que los efectos del carácter legislativo de un acto no deberían extenderse a los actos aprobados a través de un procedimiento legislativo especial que prevé la simple consulta al Parlamento Europeo (“Lawmaking after Lisbon”, en BIONDI, A., EECKHOUT, P. y RIPLEY, S. -eds.-, *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 62-84, pp. 69 y 71-73; de manera similar en “The Concept of ‘Legislative Act’ in the Constitutional Treaty”, *German Law Journal*, vol. 6, pp. 1555-1570, pp. 1561-1565).

ría verificándose. J. KOKOTT y algún autor se han esforzado por idear alternativas a la vulneración de la medida europea como forma para generar un acto en el ordenamiento interno; hablan, por ejemplo, de la posibilidad de pedir a la Administración nacional que confirme la existencia de un derecho (que será negado) o que la prohibición no resulta de aplicación a los interesados (lo que también será rechazado)⁸⁷. Pero salta a la vista que sea cual sea la "estratagema", hay que diseñarla; el acto nacional no surge de manera natural, sino fruto de un artificio⁸⁸.

Para finalizar, es oportuno añadir que, a pesar del diferente régimen de impugnación por parte de los particulares al que quedan sometidos los actos legislativos y los actos reglamentarios (al menos en la medida en que estos últimos sean *self-executing*), la naturaleza legislativa o reglamentaria de un instrumento no resulta siempre evidente. Sí lo será en el caso de los actos delegados (art. 290 TFUE) y los actos de ejecución (art. 291 TFUE), en los que la presencia en el título del adjetivo "delegado" o de la expresión "de ejecución" revela inmediatamente su carácter no legislativo; también en el caso de los actos adoptados siguiendo un procedimiento legislativo ordinario la referencia en el título a la autoría del Parlamento Europeo y del Consejo refleja (al menos a los ojos de los más entendidos) el procedimiento que los dio a luz y, por extensión, su carácter legislativo; pero, más allá de estos casos, la determinación del carácter reglamentario o legislativo de un instrumento pasará por consultar su preámbulo (para ver si, al describir el procedimiento seguido para su aprobación, se dice que fue un procedimiento legislativo especial o se omite esta indicación) o atender a la sección del Diario Oficial de la UE bajo la que ha sido publicado (Actos legislativos/Actos no legislativos).

B. LA INCIDENCIA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN DEJADO A LAS AUTORIDADES NACIONALES EN LA DETERMINACIÓN DE SI UN ACTO REGLAMENTARIO "INCLUYE MEDIDAS DE EJECUCIÓN"

Como hemos tenido ocasión de comprobar, el TJUE está haciendo una lectura extensiva del concepto "medidas de ejecución", de la que resulta que cualquier instrumento de aplicación que pueda provocar el acto reglamentario tiene la consideración de tal. De este modo, el ámbito de actuación del nuevo escenario procesal introducido por el Tratado de Lisboa en materia de *ius standi* de los particulares se restringe notablemente: una vez que el Tribunal aprecia que el acto reglamentario *sub examine* (y del que el demandante no es destinatario) da lugar a algún acto de aplicación, abandona ese tercer escenario para situarse en el se-

87. Conclusiones de J. KOKOTT presentadas el 17.1.2013, as. *Inuit*, C-583/11 P, punto 120; y, KORNEZOV, A., "Shaping the new architecture of the EU system of judicial remedies...", *op. cit.*

88. Para una crítica a la ingeniería jurídica en este punto, v.: WAELEBROECK, D. y BOMBOIS, Th., "Des requérants 'privilegiés' et des autres...", *op. cit.*, pp. 42-46; y, Conclusiones de M. WATHELET presentadas el 29.5.2013, en as. *Stichting Woonpunt*, C-132/12 P, punto 62 y en as. *Stichting Woonlinie*, C-133/12 P, punto 35.

gundo, en el que operan los requisitos clásicos de la afectación directa y la severa afectación individual⁸⁹.

Para el TJUE “medida de ejecución” es toda medida por la que se aplique un acto reglamentario, incluso de manera mecánica, sin aportaciones propias de la autoridad de la que aquélla emana, porque aquél no deja espacio para su apreciación⁹⁰.

Nos enfrentamos (pensamos que vale la pena explicitarlo) a un concepto distinto al de la aplicación directa. El carácter directamente aplicable de un acto alude a su condición de instrumento normativamente completo, que, por consiguiente, puede ser aplicado por los órganos administrativos sin necesidad de un ulterior desarrollo normativo previo por parte de la UE o de los Estados miembros. La condición de que “no incluya medidas de ejecución” a lo que atiende es al carácter *self-executing* o auto-aplicativo de la medida de la UE, que no requiere de actos nacionales para su aplicación *ad casum*. Una medida o una disposición directamente aplicable (como puede ser un Reglamento) que precise de la intervención de las Administraciones nacionales no será un instrumento “que no incluya medidas de ejecución”.

Hasta la fecha han sido cuatro los actos reglamentarios objeto de un recurso de anulación interpuesto por un individuo ante el TJUE cuyo carácter *self-executing* ha sido admitido por éste: la *Decisión 2010/169 de la Comisión, relativa a la no inclusión del triclosán en la lista de la Unión de los aditivos que pueden utilizarse en la fabricación de materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con productos alimenticios con arreglo a la Directiva 2002/72*; el *Reglamento 498/2010 de la Comisión, por el que se prohíben las actividades pesqueras de los cerqueros que enarbolan pabellón de Francia o Grecia o están matriculados en Francia o Grecia y practican la pesca de atún rojo en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45º, y en el Mar Mediterráneo*; la *Decisión de la ECHA por la que se identifica a la brea de alquitrán de hulla a alta temperatura como sustancia que se ajusta a los criterios contemplados en el artículo 57 del Reglamento 1907/2006*; y, también de la ECHA, la *Decisión por la que se identifica al aceite de antraceno como sustancia que se ajusta a los criterios contemplados en el artículo 57 del Reglamento 1907/2006*⁹¹.

La primera es una Decisión, dictada por la Comisión en ejercicio de sus poderes de ejecución normativa, que tenía por objeto la no inclusión del triclo-

89. Ya lo anticipaba A. ALBORS LLORENS: “If the Court takes the view that any action, however minimal, that a Member State is required to take by the EU act constitutes an ‘implementing measure’ then not only non-legislative directives but also a myriad of non-legislative regulations and general decisions will be automatically excluded from its scope of application” (“Sealing the fate of private parties in annulment proceedings? The General Court and the new standing test in Article 263(4) TFEU”, *Cambridge Law Journal*, vol. 71, 2012, pp. 52-55, p. 55).

90. En contra de este planteamiento se ha manifestado ya A. CREUS (“Commentaire des décisions du Tribunal...”, *op. cit.*, p. 677).

91. La ECHA son las siglas por las que se conoce a la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas.

sán en una lista positiva de sustancias que podían ser comercializadas, lo cual supuso, según observó el Tribunal General en el asunto *Microban*, "la prohibición de la comercialización del triclosán sin necesidad de que los Estados miembros adoptaran ningún tipo de medida de ejecución"⁹².

El Reglamento 498/2010, citado en segundo lugar, vino a prohibir la pesca del atún rojo en una determinada zona del Océano Atlántico y en el Mar Mediterráneo por parte de los cerqueros de pabellón francés o griego o matriculados en alguno de estos dos países. El Tribunal General no tuvo dificultades en constatar que "l'arrêt de la pêche, tel que résultant du règlement attaqué, ne nécessite pas de mesure d'exécution de la part des États membres"⁹³.

En cuanto a las dos Decisiones de la ECHA referidas, el Tribunal General constató, en una saga compuesta por cuatro asuntos, que la identificación de las sustancias de la brea de alquitrán de hulla y el aceite de antraceno como extremadamente preocupantes "da lugar a obligaciones de información de las demandantes sin que sean necesarias otras medidas"⁹⁴.

La perspectiva del TJUE en esta materia parece clara: si un acto genera algún tipo de medida de aplicación nacional, las personas tienen la posibilidad de acceder a las vías de recurso internas, por lo que queda garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva; los órganos jurisdiccionales competentes podrán, además, remitir el asunto al Tribunal de Luxemburgo a través de la cuestión prejudicial. Desde ese punto de vista, la existencia o no de un margen de apreciación para las autoridades nacionales que asumen la aplicación es, efectivamente, como reitera el Tribunal General, indiferente. Incluso aunque la actividad del órgano aplicador pueda calificarse de reglada, habrá un acto nacional que abrirá la vía a los tribunales nacionales.

92. STG de 25.10.2011, T262/10, f. j. 34. Tras apreciar la concurrencia en los demandantes de la afectación directa (ff. jj. 26-32) y el carácter de acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución de la Decisión controvertida (ff. jj. 33-38), el Tribunal desestimó la excepción de inadmisibilidad formulada por la Comisión. De hecho, terminó anulando la Decisión. Al respecto, v.: ALONSO DE LEÓN, S., "Por fin una definición judicial de los 'actos reglamentarios'...", *op. cit.*; CREUS, A., "Commentaire des décisions du Tribunal...", *op. cit.*; GONZÁLEZ VAQUÉ, L., "El Tribunal General de la UE clarifica el concepto de actos impugnables por los particulares según el artículo 263(4) TFUE: la sentencia *Microban*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 24, 2012, 19 pp.; y PEERS, S. y COSTA, M., "Judicial review of EU acts...", *op. cit.*

93. STG de 27.2.2013, as. *Etaireia*, T-367/10, f. j. 21.

94. STG de 7.3.2013, as. *Bilbaína de Alquitranes*, T-93/10, f. j. 63; STG de 7.3.2013, as. *Rütgers*, T-94/10, f. j. 64; STG de 7.3.2013, *Cindu Chemicals*, T-95/20, f. j. 71; y, STG de 7.3.2013, as. *Rütgers*, T-96/10, f. j. 65. Previamente había constatado el carácter de acto reglamentario de ambas Decisiones y la afectación directa de las empresas demandantes, por lo que, después de declarar que no incluía medidas de ejecución, negó fundamento a la excepción de inadmisibilidad planteada por la ECHA. Tras analizar el fondo, los recursos fueron desestimados.

Este planteamiento, cuya lógica puede entenderse con facilidad, resulta, sin embargo, problemático ante aquellos ordenamientos internos que descartan que los meros actos de ejecución puedan ser impugnables (a menos que adolezcan de una ilicitud propia, distinta de la que afecte al acto de base). En tales países, aunque exista un acto de aplicación interno, la posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales no sería, en principio, así, efectiva.

La Sala Quinta del Tribunal General se enfrentó a esta situación en el asunto *T&L Sugars*, mostrando una total indiferencia hacia la situación apuntada⁹⁵. *T&L Sugars* y *Sidul Açúcares* son dos empresas dedicadas al refinado del azúcar de caña y establecidas en la Unión Europea, que recurrieron en anulación ante el Tribunal de Luxemburgo varios Reglamentos por los que se establecía el derecho a comercializar o a importar azúcar en condiciones especialmente favorables, condicionando su efectivo disfrute por los operadores económicos a la presentación de una solicitud ante las autoridades nacionales y a la expedición por éstas de los oportunos certificados. Saltaba a la vista que los Reglamentos impugnados necesitaban de medidas nacionales de ejecución, lo que suponía que el *ius standi* de las demandantes dependía de su afectación directa e individual. Sin duda temiendo la inadmisión de su demanda, *T&L Sugars* y *Sidul Açúcares* alegaron que en Derecho portugués los “meros actos de ejecución”, como las decisiones de la autoridad nacional encargada de expedir certificados, no son impugnables.

La Sala Quinta del Tribunal General no cuestiona esta realidad (“[E]n el caso de autos no puede afirmarse con seguridad que las demandantes dispongan de una vía de recurso que permita impugnar las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en el marco de la ejecución de los Reglamentos impugnados”⁹⁶), pero rechaza que pueda tener alguna incidencia en su valoración del requisito relativo a la ausencia de medidas de ejecución o pueda suponer ignorar los requisitos previstos por el Tratado:

“69. (...) La aplicación por el Tribunal del requisito relativo a la no inclusión de medidas de ejecución, según figura en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, no puede supeditarse a la existencia de una vía de recurso efectiva en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que permita impugnar la validez del acto de la Unión de que se trate.

70. En efecto, tal régimen exigiría que, en cada caso concreto, el juez de la Unión examinara e interpretara el Derecho procesal nacional, lo que excedería de su competencia en el marco del control de la legalidad de los actos de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribu-

95. STG de 6.6.2013, T-279/11. Al respecto, v. TRIANTAFYLLOU, D., “Nouveaux éclaircissements sur la notion d’acte réglementaire ne comportant pas de mesures d’exécution (article 263, 4e alinéa, TFUE). Les voies de recours appropriées contre les mesures de marché en gestion partagée entre Commission et États membres”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2013, pp. 491-503.

96. F. j. 65.

nal de Justicia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, apartado 43, y de 1 de abril de 2004, Comisión/Jégo-Quééré, C-263/02 P, Rec. p. I-3425, apartado 33).

71. Por otro lado, no desvirtúa esta conclusión la alegación de las demandantes, mediante la que invocan el Derecho a la tutela judicial efectiva y sostienen que una vía de recurso nacional sería manifiestamente ineficaz puesto que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no son competentes para pronunciarse sobre la ilegalidad de un acto de la Unión.

72. En efecto, el juez de la Unión no puede, sin excederse en sus competencias, interpretar los requisitos según los cuales un particular puede interponer un recurso contra un Reglamento de modo que ignore estos requisitos, expresamente previstos por el Tratado, incluso a la luz del principio de tutela judicial efectiva (véanse, en este sentido, las sentencias Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, antes citada, apartado 44, y Comisión/Jégo-Quééré, antes citada, apartado 36)".

Estas consideraciones llevan a la Sala a estimar la causa de inadmisión suscitada por la Comisión y basada en que los Reglamentos impugnados no son actos reglamentarios que no incluyen medidas de ejecución en el sentido del artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE.

La sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia. Su pronunciamiento está pendiente, mas cabe esperar que confirmará la forma de proceder del Tribunal General, dando una solución "a la *Borelli*"⁹⁷, en la que sean los Estados miembros quienes tengan que ofrecer una solución, amoldando para ello, si falta hiciera, sus reglas procesales nacionales relativas a la interposición de los recursos⁹⁸.

Y, sin embargo, en la medida en que algún ordenamiento nacional excluye la impugnación judicial de los actos de mera ejecución, cabría pensar en una solución alternativa que evitaría que aquél tuviera que andar considerando si existen vías de recurso efectivas en Derecho interno (la «conception relativiste de la condition de "ne pas comporter de mesures d'exécution"», en palabras de D. TRIANTAFYLLOU⁹⁹), sin dejar por ello en manos de los Estados la carga de proveer a la tutela judicial de los individuos. Dicha fórmula consistiría en negar a los actos adoptados por las autoridades nacionales en estricta aplicación de un acto reglamentario, sin realizar aportación alguna, con carácter reglado, la condición de "medidas de ejecución" a los efectos del artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE; en otras palabras, entender que

97. STJCE de 3.12.1992, as. *Oleificio Borelli*, C-97/91.

98. No van, desde luego, en esa dirección las conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón en este asunto (Conclusiones presentadas el 14.10.2014, as. C-456/13 P).

99. "Nouveaux éclaircissements sur la notion d'acte réglementaire...", *op. cit.*, p. 502.

un acto reglamentario que no deja margen de apreciación a las autoridades nacionales en su aplicación “no incluye medidas de ejecución”.

Éste fue el proceder que, seis días antes de que la Sala Quinta dictara su sentencia *T&L Sugars*, siguió la Sala Segunda del Tribunal General en el asunto *Anicav y Agrucon*¹⁰⁰. En dicho pronunciamiento, la Sala Segunda consideró que las disposiciones de dos Reglamentos impugnadas por estas asociaciones y cuyo carácter de acto reglamentario admitió sin problemas, no incluían medidas de ejecución en el sentido del artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE, en atención al hecho de que “si bien es cierto que el pago de las ayudas de la Unión en aplicación de estas disposiciones se lleva a cabo a través de las autoridades nacionales, no resulta menos cierto que los instrumentos en virtud de los cuales estas autoridades efectúan los pagos en cuestión no hacen referencia a las demandantes ni les son remitidos ni notificados. Además”, sigue diciendo y ésta es la parte que más interesa, “cada organismo pagador ejerce sus funciones según las reglas aplicables en el Estado miembro de que se trate, que no prevén necesariamente la adopción de actos que puedan ser impugnados ante los órganos jurisdiccionales nacionales”¹⁰¹.

Al considerar la eventual inexistencia de actos impugnables ante los tribunales nacionales para afirmar que “no se puede considerar que [las disposiciones controvertidas] incluyan medidas de ejecución en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto”, la Sala Segunda actúa en la línea de lo que hemos planteado. Lo que está por ver, también aquí, es qué posición mantendrá el Tribunal de Justicia, al que la Comisión ha recurrido en casación la sentencia comentada. Pese a las esperanzadoras conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN en el asunto *T&L Sugars* (aparecidas cuando el presente trabajo se encontraba ya en prensa), nos atrevemos a augurarle altas probabilidades de éxito y a presagiar que en la argumentación del Tribunal de Justicia estarán presentes el tenor literal del artículo 263 (párrafo 4º) del TFUE y el artículo 19 (apartado 1, párrafo 2º) del TFUE, con la referencia a la obligación que pesa sobre los Estados miembros de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la UE. S. PEERS y M. COSTA son de la opinión, en este punto, de que el alcance de dicha obligación para los tribunales nacionales “must go beyond the requirement to interpret national law ‘as far as possible’ in order to permit challenges to EU measures (as set out in the *UPA* judgment), to include an obligation to set aside any national rules which prevent or unduly hinder access to the national courts in this context”¹⁰²; pero no nos parece que les falte razón a D. WÆLBROECK y Th. BOMBOIS cuando se resisten a aceptar que “il revient aux États membres de veiller à combler les lacunes persistantes affectant les recours directs devant le Tribunal (...) Il nous semble que la consé-

100. STG de 30.5.2013, T-454/10 y T-482/11.

101. F. j. 43. Tras comprobar la afectación directa de las demandantes, la Sala declararía la admisibilidad del recurso de anulación, que terminó estimando.

102. “Judicial review of EU acts...”, *op. cit.*, p. 100.

cration à l'article 19 TUE du principe d'effectivité des recours, tel que reconnu de longue date dans la jurisprudence de la Cour de justice, ne saurait avoir cette portée. Une telle 'codification' d'une jurisprudence bien établie ne signifie évidemment pas que la Cour de justice serait dispensée de l'obligation de respecter elle-même le droit à un recours juridictionnel effectif contenu à l'article 47 de la Charte ou à l'article 6 CEDH"¹⁰³.

En 2012, F. JACOBS escribía, sin realmente poder disimular su alegría ante la revisión llevada a cabo por el Tratado de Lisboa del *ius standi* de los particulares en el marco del recurso de anulación: "The saga is perhaps unique in the history of the European Community, in that the Court's view was overridden"¹⁰⁴. En efecto, como bien apunta el antiguo Abogado General, éste habría sido el primer supuesto en el que el sistema de recursos ante el TJUE se modifica para acoger una solución no avalada previamente por su doctrina (pensemos aquí en la extensión de la legitimación activa y pasiva al Parlamento Europeo en el recurso de anulación por obra del TJUE¹⁰⁵, luego llevada a los Tratados).

A la vista de la jurisprudencia analizada en el presente trabajo (y de la que se presagia), es posible concluir que los jueces de Luxemburgo han conseguido limitar el "override" y, por tanto, la potencialidad de la reforma operada (¡la primera desde 1958!) a lo mínimo. ¿A alguien le sorprende?

103. "Des requérants 'privilégiés' et des autres...", *op. cit.*, pp. 37-38.

104. "The Lisbon Treaty and the Court of Justice", en BIONDI, A., EECKHOUT, P. y RIPLEY, S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, *op. cit.*, pp. 197-212, p. 200.

105. STJCE de 23.4.1986, as. *Los Verdes*, 294/83; y, STJCE de 22.5.1990, as. *Chernobyl*, C-70/88.